



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Civil

Curso 2016/2017

**LOS DISTINTOS REGÍMENES DE
RESPONSABILIDAD CIVIL:
ARGUMENTOS PARA SU
UNIFICACIÓN**

Virginia Rodríguez López

Tutora: D^a Estrella Toral Lara

Junio del 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de Derecho Civil

**LOS DISTINTOS REGÍMENES DE
RESPONSABILIDAD CIVIL: ARGUMENTOS
PARA SU UNIFICACIÓN**

**DIFFERENT RULES OF TORT LAW:
ARGUMENTS FOR ITS UNIFICATION**

Virginia Rodríguez López

virginiarodriguezlopez@usal.es

Tutora: D^a Estrella Toral Lara

RESUMEN: La unificación de regímenes de responsabilidad civil tiene especial importancia en una sociedad como la nuestra, en la que las relaciones sociales y la constante exposición a los riesgos en la vida diaria reclama cada vez una mayor defensa de la persona. Las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual no suponen más que una traba a la hora de delimitar correctamente el ámbito de responsabilidad en la que nos encontramos a la hora de calificar jurídicamente nuestras pretensiones, pues la finalidad de ambas responsabilidades es la misma, el resarcimiento del daño, con independencia de que este daño proceda del incumplimiento de un contrato o del deber general de no causar daño a otros. A día de hoy ambas responsabilidades coexisten en nuestro ordenamiento jurídico resultando complicado discernir la frontera entre una y otra, sobre todos en aquellos supuestos fronterizos en los que resulta especialmente complicado calificar el daño como proveniente de una relación contractual o extracontractual. Para solucionar estos casos fronterizos la jurisprudencia ha ido creando una serie de doctrinas jurisprudenciales para tratar de aportar seguridad jurídica en estos supuestos.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, contractual, extracontractual, responsabilidad derivada del delito, diferencias, unificación.

ABSTRACT: The unification of the civil liability regimes has a special importance in a society like ours, in which the social relationships and the constant exposition to the risks in the daily life reclaims every time a bigger defense of the person. The differences between the contractual and extracontractual liability are nothing more than a job at the time of delimiting correctly the ambit of liability in which we meet at the time of qualifying juridically our pretensions, because the purpose of both liabilities is the same, the damage compensation, with independence of this damage arising from the breach of a contract or from the general duty not to cause harm to other. Today, both liabilities coexist in our legal system making it difficult to discern the border between one and another, specially in those border assumptions in which is especially complicated to qualify the damage as it comes from a contractual or extracontractual relationship. To solve these border cases the jurisprudence has been creating a series of jurisprudential doctrines to try to contribute legal security in these opposites.

KEYWORDS: civil liability, contractual, extracontractual, liability for crime, differences, unification.

ÍNDICE

1. Introducción.....	1
2. Delimitación del tema de estudio: noción de responsabilidad. Regulación.....	2
3. Responsabilidad contractual – responsabilidad extracontractual.....	4
3.1. Diferencias del régimen jurídico.....	6
3.1.1. Régimen de prueba.....	6
3.1.2. Grado de la culpa.....	6
3.1.3. Alcance del deber de reparar.....	7
3.1.4. Cláusulas limitativas y exoneradoras de la responsabilidad.....	8
3.1.5. Responsabilidad del principal por hecho del dependiente.....	10
3.1.6. Concurrencia de varios agentes en la causación del daño.....	12
3.1.7. Capacidad de obrar.....	13
3.1.8. Competencia territorial.....	14
3.1.9. Prescripción.....	15
3.2. Supuestos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidades.....	16
3.2.1. Responsabilidad precontractual.....	16
3.2.2. Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella.....	18
3.2.3. Zona mixta entre ambos tipos de responsabilidades.....	19
3.3. El problema de conjunción de responsabilidades.....	20
4. Responsabilidad civil derivada del delito.....	24
4.1. Diferencias normativas entre los dos regímenes.....	26
5. Unificación de regímenes de responsabilidad civil.....	30
6. Conclusiones.....	33
7. Bibliografía.....	35

1. Introducción.

A través del presente Trabajo de Fin de Grado “Los distintos regímenes de Responsabilidad Civil: argumentos para su unificación” se profundizará en los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual para analizar las analogías y diferencias de ambos regímenes. También se procederá al estudio de aquellos supuestos en los que nos resulta difícil determinar ante qué régimen de responsabilidad nos encontramos a la hora de determinar si los daños reclamados provienen de una relación contractual o del deber general de no causar daño al otro, también conocido como *alterum non laedere*.

La obligación de indemnizar es uno de los temas más complejos y actuales del derecho privado contemporáneo debido a las transformaciones que está sufriendo la sociedad y a la constante exposición a los riesgos en la vida diaria que reclaman una mayor protección de la persona. Es por ello que el análisis de los regímenes de responsabilidad civil me ha parecido un tema de especial interés, así como su unificación como respuesta a los problemas que surgen debido a la existencia de dos regímenes jurídicos de responsabilidad civil distintos tendentes a un mismo fin, indemnizar el daño.

Durante el desarrollo del Trabajo se pretende ilustrar que hay supuestos fronterizos entre la responsabilidad civil contractual o extracontractual como la responsabilidad precontractual, la preexistencia de una relación jurídica análoga a la contractual y la existencia de zonas mixtas u oscuras entre ambos tipos de responsabilidad. Estos casos fronterizos, junto con las transformaciones de la sociedad, como lo son el progreso industrial y las grandes masas poblacionales, llevan a la doctrina a crear nuevas respuestas que solucionen los problemas de la delimitación entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se hace mención al problema a la hora de calificar el daño como proveniente de una relación contractual o extracontractual en aquellas zonas oscuras o mixtas, supuestos en los que como consecuencia del incumplimiento de un contrato se causan daños corporales o morales a la otra parte. Este problema afecta a nuestro Tribunal Supremo, que ha ido aplicando distintas teorías a lo largo de los años para tratar de paliar este problema como lo son la doctrina de la unidad de la culpa civil o yuxtaposición de responsabilidades y la teoría del derecho de opción, temas de los que trataremos a lo largo del Trabajo.

También se expone el problema de la existencia de un régimen jurídico distinto de responsabilidad civil a parte de la responsabilidad contractual y extracontractual, la mal llamada responsabilidad civil derivada del delito, regulada en el Código Penal. Se mencionan las diferentes regulaciones que se mantienen para la misma responsabilidad civil dependiendo de que nos encontremos en el ámbito de aplicación del Código Civil o del Código Penal.

A pesar de los esfuerzos del Tribunal Supremo por solucionar los problemas de delimitación en los casos fronterizos, es cierto que, a día de hoy, se trata de un problema del que no tenemos una solución clara y unitaria.

La finalidad de la responsabilidad civil es que se indemnicen los daños a aquella persona perjudicada, con independencia de que la causa de ese daño sea contractual o extracontractual. Estas diferencias de regímenes, junto a que no hay una línea jurisprudencial homogénea sobre la materia, lo único que genera es una gran inseguridad jurídica, por ello, este trabajo concluye con los argumentos que se posicionan a favor de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil.

Para exponer este tema buscamos el apoyo de la regulación vigente en los textos legales (Código Civil, Código Penal y leyes especiales), de las posturas doctrinales al respecto, así como de la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo.

2. Delimitación del tema de estudio: noción de responsabilidad. Regulación.

Según afirma REGLERO CAMPOS “responsabilidad es imputación”¹. Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable.

Cuando hablamos de responsabilidad civil hablamos de reparar el daño, es el derecho que tiene toda persona a que se le indemnice por los daños y perjuicios causados, por lo que tiene una finalidad estrictamente resarcitoria, lo que supone el nacimiento de una obligación, la obligación de indemnizar. La reparación del daño puede llevarse a cabo bien con la *aestimatio rei* (equivalente pecuniario) o bien *in natura* (reparación o

¹ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4ª Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 52.

sustitución del bien), pero esta última forma de reparación solo va a tener lugar cuando el objeto de la obligación lo permita.

La responsabilidad civil, junto con la tutela inhibitoria del daño, cuya función es la de prevenir los daños, constituyen distintas ramas del Derecho de daños la cual es una disciplina englobada en el derecho civil.

“Puede hablarse de responsabilidad cada vez que resulta incumplido un deber jurídico”² ya sea en cualquier orden jurídico como el orden civil, administrativo, fiscal, social...

Los elementos que necesariamente deben de concurrir para que pueda hablarse de la existencia de responsabilidad civil según la STS de 19 de mayo del 2011 son:

- a) *“Una acción u omisión ilícita.*
- b) *La realidad y constatación de un daño causado.*
- c) *La culpabilidad.*
- d) *Nexo causal entre el primer y segundo requisito”.*

Cuando los daños y perjuicios se produzcan como consecuencia del incumplimiento de una relación contractual, en la que concurra dolo, negligencia o morosidad, estaremos hablando de responsabilidad contractual. Por otro lado, cuando entre el dañador y el perjudicado no hay ninguna relación obligatoria previa estaremos hablando de responsabilidad extracontractual, según la cual, los daños y perjuicios que se produzcan son consecuencia de la vulneración del principio *alterum non laedere*, no causar daño a otro.

Por lo que respecta a su regulación en la Constitución Española, este derecho a la reparación de los daños se encuentra en escasos preceptos, así “se consagra que toda persona tiene un derecho constitucionalmente protegido a no sufrir un daño injusto contra un bien o derecho jurídicamente tutelable, que se manifiesta en la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (art.15 CE), al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.18.1 CE) y en el derecho a la propiedad privada (art.33.1 CE)”³.

² YZQUIERDO TOLSADA, M, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 25.

³ REGLERO CAMPOS, F, *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., pp. 94 y 95.

También, a lo largo de su lectura, podemos observar la presencia del concepto de responsabilidad, bien sea en su forma verbal (responder), sus derivados o conceptos conexos (indemnizar). “El apartado 2 del art.106 CE formula el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el art.117.1 CE versa sobre la responsabilidad de jueces y magistrados, el art.121 CE sobre la responsabilidad de la Administración de Justicia, entre otros por motivos de error judicial, el art.136 describe como una de las funciones del Tribunal de Cuentas la de notificar a las Cortes Generales las responsabilidades que hubiera detectado y el art.149.1.18º CE reserva al Estado la competencia legislativa en materia de sistemas de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”⁴.

En concreto, el Código Civil regula en sus arts.1101 y siguientes la responsabilidad contractual y en los art. 1902 y siguientes la responsabilidad extracontractual. También hay que tener en cuenta toda la reglamentación específica respecto a esta materia que regula presupuestos y elementos específicos, citar, entre otras, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, etc.

3. Responsabilidad contractual – responsabilidad extracontractual.

Por lo que respecta al fundamento de ambas responsabilidades, el de la responsabilidad contractual lo encontramos en el art.1101 CCv: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Por tanto, la responsabilidad contractual es aquella en la que el daño deriva del incumplimiento de un contrato o de una relación obligatoria previa y que

⁴ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE. “Responsabilidad civil y Constitución”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. t.I, Bosch, Barcelona, 2008, p.88.

viene a menoscabar el patrimonio de un acreedor (el perjudicado). El Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 31 de octubre de 2007 que *“la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo, el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme el art.1258 Cv, y otro subjetivo, la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe”*.

Otras veces, esta obligación de resarcir deriva del incumplimiento de un deber general de no causar daño a otro (*alterum non laedere*), “responsabilidad que se puede contraer sin que le preceda ningún convenio entre agente y víctima de los perjuicios”⁵. Esto es lo que se conoce como responsabilidad extracontractual o aquiliana, la cual encuentra su fundamento en el art.1902 CCv: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Este art.1902 CCv sienta una regla muy clara: el que causa daño a otro está obligado a repararlo. Ahora bien, no cualquier daño obliga a su autor a reparar las consecuencias de sus actos, solo si es reprochable al que lo causa, porque en su actuación ha concurrido culpa o negligencia del agente.

De los preceptos 1902 a 1910 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual, se pueden contemplar tres tipos, formas o categorías de actos dañosos. En primer lugar, los daños causados por uno mismo, regulado en el mismo art.1902 CCv. De otra parte, hay daños causados por otro, pero un “otro” de cuyo comportamiento se tiene el deber de responder, es la llamada responsabilidad por hecho ajeno regulada en los arts.1903 y 1904 CCv. Se trata de una serie de personas que deben de responder debido a la especial relación de dependencia que guardan con el autor material del daño, como lo son los padres y tutores, los empresarios, los Entes Públicos y los Centros de Enseñanza no superior. En tercer lugar, se encuentran los daños causados por animales o cosas, regulado en los arts.1905 a 1910 CCv, que colocan en la cabeza del propietario o poseedor

⁵ PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*, t. I, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1995, p. 105.

de la cosa o animal el deber de responder de los daños que causen, aunque esté desprendido del gobierno del hombre ⁶.

3.1. Diferencias del régimen jurídico.

Siguiendo el esquema de YZQUIERDO TOLSADA⁷, cabe apuntar una serie de diferencias en el régimen jurídico de ambos tipos de responsabilidad:

3.1.1. Régimen de prueba

En la esfera contractual, parte de la doctrina y la jurisprudencia estiman que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del art.1183 CCv: *“Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096”*. Por tanto, sobre el deudor recae la carga de probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable.

Por otro lado, en los supuestos de culpa extracontractual podemos observar una tendencia jurisprudencial a aplicar la inversión de la carga de la prueba. Todo ello encaminado a la evolución a un sistema objetivo, donde en lugar de considerar la culpa como criterio de imputación, lo determinante sea el riesgo que generamos en nuestro actuar. *“Haciendo por tanto recaer sobre aquel que por acción y omisión provocó el riesgo la carga de la prueba de que se utilizó toda la diligencia para evitar la causación del mal; lo que supone en el plano práctico que el actor debe probar exclusivamente el nexo causal sobre el que no se extiende la presunción de culpabilidad, debiendo el demandado probar que ha agotado toda la diligencia para evitar la causación del mal”*⁸.

3.1.2. Grado de la culpa

Por lo que respecta al concepto de culpa, esta se define en el art.1104 CCv *“como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no*

⁶ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE. “El sistema de la responsabilidad civil en nuestro Derecho. Régimen común del Código Civil y regímenes especiales”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. t.I, op., cit., p.12 y 13.

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., pp.81 y 82.

⁸ STS de 18 de marzo de 2016.

expresé la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia". Este precepto resulta de aplicación a la hora de atender al grado de culpa exigible al agente cuando nos encontramos en el ámbito contractual. El criterio general para cualificar la culpa es el de la diligencia media pero precisado con las pautas del buen padre de familia (este concepto de *bonus paterfamilias* o ciudadano medio es un modelo que en Roma se tomaba para comprobar la diligencia desplegada por el obligado a la entrega de una cosa). Es una "manera de denominar la diligencia universalmente prestable"⁹, pero concretada en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias personales, del tiempo y del lugar. Se atiende a la diligencia de "un hombre medio", en esto el Código Civil está influenciado por el Derecho romano, del que toma el tipo de la culpa leve¹⁰ que es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios¹¹.

En materia extracontractual, el art.1089 CCv establece que las obligaciones, y en este supuesto la obligación de reparar el daño causado prescrito en el art.1902 CCv, nacen "*de cualquier género de culpa o negligencia*" aquí el Código utiliza el modelo de la culpa levísima, ya que por poca e insignificante que sea la culpa, nace la obligación de indemnizar. Ya sea por la redacción del precepto, así como por la jurisprudencia, la suavización del requisito de la negligencia del causante del daño es algo bien perceptible. La previsión y la prudencia para evitar el daño es exigida hasta el punto de que algunas sentencias hablan del "cuidado exigible hasta alcanzar el agotamiento de la diligencia"¹².

3.1.3. Alcance del deber de reparar.

El deber de reparar consiste en el derecho que tiene toda persona que ha sufrido un daño a que el agente le resarza por los daños y perjuicios causados, es el fundamento de la responsabilidad civil.

⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., p. 226.

¹⁰ Guíasjuridicas.wolterskluwer.es [Internet]. Enlace URL a fecha de 8 de marzo del 2017: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJiYMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1KIaEzUAAAA=WKE

¹¹ RODRIGO BARCIA. L, "La Asimilación de la Culpa al dolo Desde una Perspectiva Objetiva del Derecho de los Contratos", *Ius et Praxis*, 2007. Enlace URL a 8 de marzo del 2017: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100003

¹² YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., pp. 225-227.

En sede contractual se admiten graduaciones o moderaciones de la culpa (art.1103 CCv: “*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos*”). En aquellos casos en los que no exista dolo solo deberán indemnizarse los daños “*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*”, ahora bien, en caso de que medie dolo “*responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*” (art.1107 CCv).

En sede extracontractual esta graduación no es posible, cualquiera que sea la intensidad de la culpa o de la negligencia (art.1089 CCv). Para determinar el alcance de reparar debemos acudir al principio de responsabilidad integral, un principio básico en materia de responsabilidad civil conforme al cual hay que reparar todo el daño causado y solo el daño causado, hay que conseguir el justo equilibrio entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar¹³.

3.1.4. Cláusulas limitativas y exoneradoras de la responsabilidad.

Los pactos limitativos son aquellos que, sin exonerar del todo al agente, restringen las consecuencias de su responsabilidad o limitan los supuestos en los que puedan surgir responsabilidad¹⁴.

Los pactos exoneradores, en lugar de aplicar las normas que correspondería aplicar ante el incumplimiento, permiten al deudor liberarse de la responsabilidad de la que hubiera tenido que responder en el caso de que no hubieran tenido lugar estos pactos¹⁵.

Dichas cláusulas carecen de aplicación práctica cuando el daño es de naturaleza corporal, como también deben de considerarse nulas por abusivas en las relaciones de consumo¹⁶. Tal consecuencia deriva del principio de protección del consumidor que es considerado

¹³ NAVEIRA ZARRA, M. Vlex.es [Internet], *Principios generales de la reparación de daños y perjuicios*. Enlace URL a 9 de mayo del 2017: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>

¹⁴ DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t.II, Madrid, 1993, p.617.

¹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., p.345.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.139.

la parte “débil” del contrato frente al empresario, que es la parte “fuerte”. Este principio ha dado lugar al endurecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, cuando éstas se oponen a un consumidor en las operaciones de adquisición de bienes y servicios, endurecimiento que se ha plasmado, expresamente, en ciertas leyes especiales. Es el caso de dos normas ya clásicas en materia de Derecho de los consumidores: el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de ámbito general, y la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, restringida al sector de la actividad asegurativa¹⁷.

En materia de contratos hay que tener en cuenta el art.1255 CCv, el cual contiene los límites a la autonomía de la voluntad. Estos pactos serán válidos siempre que no sean contrarios “*a las leyes, a la moral y al orden público*”. También hay que hacer mención al art.7.1 CCv, el cual dice que “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”, reconoce a la buena fe como un límite a estos pactos. El art.7.2 CCv también menciona como “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”. Por lo que los límites a estas cláusulas limitativas de la responsabilidad los vamos a encontrar en el abuso del derecho, en la buena fe y en los límites de la autonomía privada del art.1255 CCv¹⁸.

En lo que se refiere a las modificaciones convencionales de la responsabilidad extracontractual, hay distintas opiniones en contra de la admisión de estos pactos modificativos de la responsabilidad aquiliana, como es en el caso de la jurisprudencia en Francia, la cual rechaza este tipo de pactos. La razón radica en que dicha responsabilidad resulta de la voluntad imperativa del legislador, basado en la necesidad de que en la sociedad se cumpla el principio general de no causar daño a otro. Para YZQUIERDO TOLSADA, sin embargo, estos pactos sí que son admisibles, sea cual sea el carácter de la responsabilidad en la que estemos. Si bien, el mínimo de tutela contemplado en el

¹⁷ ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 1997, p. 233. Enlace URL a fecha de 9 de marzo de 2017: <http://hdl.handle.net/2183/18211>

¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., pp. 345-350.

art.1255 CCv ha de jugar en todo pacto modificativo. Comparto esta opinión, ya que veo factible que un posible dañador y un posible dañado convengan, antes de que tenga lugar un posible evento dañoso, el alcance de la responsabilidad o la exoneración de la misma. Otra cosa es que por su propia naturaleza, estos pactos en el ámbito extracontractual no son muy frecuentes. Si la responsabilidad extracontractual tiene lugar entre personas que no han tenido una relación contractual previa, parece raro que hayan podido convenir anteriormente que una no responda o que responda de manera limitada¹⁹.

Por tanto, es posible que el causante del daño y el posible dañado convengan las posibles responsabilidades antes de que se produzca el daño, pero la viabilidad de estas cláusulas no altera la naturaleza de la responsabilidad extracontractual transformándola en contractual, ya que el posible daño que se produzca no deriva de la violación de las cláusulas estipuladas en el contrato, que en si no contiene obligaciones en sentido técnico, sino de la violación del principio general de no causar daño a otro²⁰.

YZQUIERDO TOLSADA concluye estableciendo una diferencia básica: “mientras que la modificación de la responsabilidad contractual constituirá una cláusula más de entre las que componen el contrato en cuestión, el pacto que verse sobre la responsabilidad aquiliana será por sí solo y por sí mismo un contrato (atípico) cuyo contenido es precisamente la reglamentación de la eventual responsabilidad extracontractual”²¹.

3.1.5. Responsabilidad del principal por hecho del dependiente.

En este punto vamos a analizar cuál es la responsabilidad del empresario por hecho de sus dependientes, dependiendo del régimen en el que nos encontremos. El art.1903.4 CCv consagra una responsabilidad directa, pudiéndose hacerse valer directamente frente al empresario. El fundamento de esta responsabilidad directa se encuentra en el incumplimiento por parte del empresario o profesional de los deberes de vigilancia y supervisión (culpa *in vigilando*) o en la responsabilidad que se le otorga en la elección del dependiente (culpa *in eligendo*)²².

¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., p.370.

²⁰ ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 1997, pp. 99-101. Enlace URL a fecha de 9 de marzo de 2017: <http://hdl.handle.net/2183/18211>

²¹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., p.370.

²² GÁZQUEZ SERRANO, L. *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Granada, 2012, p.20.

Los dos requisitos necesarios para que opere la responsabilidad del art.1903.4 CCv atribuida al empresario son: que se dé una relación de dependencia y subordinación entre el principal (dueños o directores de un establecimiento o empresa) y el dependiente (el empleado) y que éste actúe en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas²³.

Este precepto establece, para la responsabilidad extracontractual, un régimen específico de responsabilidad del “*dueño o director de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*”. La especialidad de dicho régimen consiste en la existencia de una presunción legal de culpa, que solo cesa si se prueba que el empresario demuestra que ha sido diligente en su actuación (art.1903.6 CCv). Esta prueba liberatoria ha sido exigida con tal rigor por la jurisprudencia que dicha responsabilidad se ha convertido en una responsabilidad cuasiobjetiva, por lo que se imputan al empresario todos los riesgos hacia terceros que procedan del mal funcionamiento de los elementos personales y materiales de la empresa. No cabe duda de que en sede contractual también se responde de los daños causados por los dependientes del deudor (dueño o director del establecimiento), más aún, la doctrina admite que se extienda no solo a los dependientes, sino a cualquier persona, sea trabajador o un mero contratista independiente²⁴, por lo que el empresario contratista va a responder, bien sea por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, por el mero hecho de contratar a este subcontratista, aunque no se reserve las facultades de inspección o dirección sobre el mismo²⁵.

Esta extensión en la responsabilidad contractual reside, según afirma JORDANO FRAGA, en que “el deudor, que nunca deja de serlo, utiliza los auxiliares a su propio riesgo y conveniencia; éstos no tienen obligación alguna frente al acreedor (son extraños al vínculo obligatorio subsistente que une al acreedor y deudor), y, por tanto, a pesar de la intervención de auxiliares, solo responde el (único) deudor. Esta responsabilidad del deudor es consecuencia de que es él (y no sus auxiliares) quien está obligado”²⁶. En realidad, “el deudor no responde por otro, aún en el supuesto de que el incumplimiento lo haya originado un auxiliar, ya que la razón de su responsabilidad se encuentra en su

²³ GÁZQUEZ SERRANO, L. op., cit., pp.22 y 23.

²⁴ CANAVILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp.30 y 31.

²⁵ CASADELLÀ SÁNCHEZ, M. *La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia*, Girona, 2014, p.185.

²⁶ JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1978, pp.561 y 562.

condición de deudor y en el hecho de que los medios que ha utilizado, entre ellos los auxiliares, no han sido apropiados”²⁷.

Mientras en la responsabilidad contractual existe una relación previa entre deudor y acreedor, que permite imputar al deudor los riesgos de hacer intervenir a un tercero en dicha relación, en la responsabilidad extracontractual no hay nada antes de que se produzca el daño²⁸.

3.1.6. Concurrencia de varios agentes en la causación del daño.

En este punto vamos a determinar que regla se ha de aplicar, mancomunidad o solidaridad, en el caso de que varios agentes concurren en la causación de un daño.

Cuando estamos en el ámbito contractual la regla general en la responsabilidad plural es la mancomunidad, según afirma el art.1137 CCv: *“La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”*. Pero es posible que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pacten expresamente la solidaridad, o que así lo establezca la ley²⁹.

En cambio, en materia extracontractual, el Tribunal Supremo, a pesar de lo prescrito en el art.1137 CCv, se decide en favor de la regla de la responsabilidad solidaria, ya que así se ofrece una mayor protección al perjudicado. Esto permite, que cuando estemos ante varios autores, se pueda reclamar a cualquiera de ellos la totalidad y luego en las relaciones internas cada uno responde de su parte, en atención a las cuotas establecidas por el juez, como se afirma en el art.1145.1 y 2 CCv: *“El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo”*. Por abundante que sea la jurisprudencia que consagra la solidaridad en el ámbito de la

²⁷ TORRALVA SORIANO, O.V. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, 1971, p.1161.

²⁸ CANAVILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, op., cit., p.32.

²⁹ Sánchez Bermejo Abogados, [sanchezbermejo.com](https://www.sanchezbermejo.com) [Internet]. Enlace URL a fecha de 11 de mayo de 2017: <https://www.sanchezbermejo.com/la-mancomunidad-y-la-solidaridad-en-las-obligaciones/>

responsabilidad extracontractual, no existen argumentos que permitan sostenerla en nuestro Derecho. Se trata de una solución justa, pero no ajustada a derecho³⁰.

Ya que esta solución no encuentra apoyo legal alguno, la jurisprudencia ha tratado de llegar a ella a través de la solidaridad impropia, la cual puede definirse como “la atribución a cada uno de los agentes causantes de los daños un idéntico porcentaje de responsabilidad, al no poder determinarse con exactitud la cuota con que cada uno ha contribuido a la generación del perjuicio. Se trata de una forma de organización ante una pluralidad de responsables como extensión del principio *favor creditoris*, en beneficio de los perjudicados”³¹.

Esta solidaridad impropia no se deriva de pacto (expreso o implícito) ni de norma legal, frente a la solidaridad propia que nace de alguna de dichas fuentes³². Según la STS 280/2012, de 7 de mayo, “*existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única*”.

3.1.7. Capacidad de obrar.

La capacidad de obrar hace referencia a la capacidad para poder ejercitar válidamente los derechos y obligaciones de los que somos titulares. Depende de la capacidad de entender y de querer las consecuencias de sus actos. Se establece un criterio objetivo para determinar dicha capacidad de obrar, el criterio de la edad, toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de obrar. Igualmente se requiere que no estén incapacitados.

Esta capacidad de obrar solo es requisito de la responsabilidad contractual, ya que es uno de los presupuestos para poder realizar un contrato válido.

³⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., pp. 401 y 402.

³¹ REVILLA TORRES, J. Legaltoday.com [Internet], *Efectos jurídicos de la Solidaridad Impropia*, 2009 [actualizado el 22 de marzo de 2017]. Enlace URL a fecha de 11 de marzo de 2017: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/inmobiliario_y_construccion/efectos-juridicos-de-la-solidaridad-impropia

³² ATAZ LÓPEZ, J. *La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cáceres, 2006, p. 13. Enlace URL a fecha de 20 de febrero de 2017: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>.

Cuando estamos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, partiendo del tenor literal del art.1902 CCv, no exige la capacidad de obrar para que el que cause un daño esté obligado a repararlo, sino que su conducta sea negligente. El concepto que se maneja de capacidad de obrar en el ámbito extracontractual es el de imputabilidad, siendo imputable todo aquel que tenga “suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias”³³.

En el caso de que estemos ante un inimputable debemos acudir al art.1903.2 y 3 CCv el cual impone una responsabilidad civil directa a sus padres o tutores, por lo que es posible dirigir la acción de reparación de daños y perjuicios exclusivamente contra estos sujetos. Esta responsabilidad del art.1903.2 y 3 CCv encuentra su fundamento en la culpa *in vigilando* y en la culpa *in educando* de los padres y tutores³⁴.

Al atribuirles esta culpa *in vigilando* e *in educando* a los padres y tutores no estamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno sino por hecho propio, por no haber desplegado una supervisión suficiente en los actos del inimputable³⁵.

3.1.8. Competencia territorial.

Respecto al juez competente, debemos acudir al art.50 LECv el cual establece, como fuero general de las personas físicas, el del domicilio del demandado. Este criterio del domicilio del demandado también se instaura en el art.51 LECv, sobre el fuero general de las personas jurídicas, con la particularidad de que éstas podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en su nombre³⁶.

Estos fueros generales, tanto el de las personas físicas como el de la jurídicas, son aplicables a ambos regímenes de responsabilidad.

³³ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.229.

³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.257.

³⁵ SEIJAS QUINTANA, J. *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, 2015, p.43.

³⁶ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE. “El tortuoso problema de la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. t.I, op., cit., p.19.

3.1.9. Prescripción.

En lo que se refiere a los plazos de prescripción, en el ámbito de la responsabilidad contractual el plazo para exigir la reparación de un daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato es de cinco años (art.1964.2 CCv), el cual antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil era de quince años.

Si el daño es de naturaleza extracontractual, el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil es de un año (art.1968.2 CCv).

Muchas veces la jurisprudencia ha recurrido al principio de aplicación restrictiva de la prescripción³⁷, el cual trata que se atenúen los efectos reductores de la justicia en atención a los distintos plazos de prescripción con el fin de no perjudicar a la víctima. Se trata, por tanto, de realizar una aplicación más flexible de dichos plazos. Posiblemente ha sido este plazo tan breve de un año de la responsabilidad civil extracontractual el que ha propiciado la formulación de una jurisprudencia dirigida expresamente a defender la actuación tardía del perjudicado³⁸.

Atendiendo a esta aplicación restrictiva de la prescripción, la sentencia de 17 de marzo de 1986, dice que *“No debe de perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción, que, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo”*.

Respecto al cómputo del plazo para ejercer dicha acción de reclamación del daño hay que acudir al art.1969 CCv, el cual recoge el criterio general de que el *dies a quo* del plazo *“se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*. Sin embargo, para las acciones de reclamación de daños extracontractuales el art.1968.2 CCv recoge un criterio diferente, el *dies a quo* del plazo de prescripción empezará a correr *“desde que lo supo el agraviado”*, por lo que el plazo no cuenta en contra del que ignoraba la ofensa, sino a partir de que el agraviado tiene conocimiento de los daños y de la certeza de su alcance³⁹.

³⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.453.

³⁸ SEIJAS QUINTANA, J. *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, op., cit., p.61.

³⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.455.

Por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción, el art.1973 CCv de común aplicación a la responsabilidad contractual y a la extracontractual, admite la interrupción de la prescripción por el ejercicio de acciones judiciales, reclamación extrajudicial o reconocimiento por parte del deudor.

3.2. Supuestos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidades.

3.2.1. Responsabilidad precontractual.

Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “se entiende por responsabilidad precontractual⁴⁰ la que contrae quien en la formación de un contrato observa una conducta que da lugar a que la otra parte sufra un daño con su celebración, o quien rompe injustificadamente los tratos o negociaciones preliminares, violando deberes de lealtad y confianza de los que esa otra parte era merecedora”⁴¹.

Por lo que, se produce daño *in contrahendo*, por ejemplo, cuando con motivo de la formalización de un contrato, una de las partes, que confiaba en su celebración, queda perjudicada por la ruptura de los tratos preliminares y la consiguiente falta de perfección del mismo⁴².

El momento en el que se inicia el período temporal “*in contrahendo*” tiene lugar en virtud de una negociación o tratos entre las partes, que si llegan a buen término concluirán en un contrato. Se trata, por tanto, de entablar una serie de conversaciones tendentes a la formación de la necesaria voluntad de contratar⁴³.

En la actualidad se considera que existe responsabilidad precontractual por dos series de motivos. En primer lugar, por la celebración de un contrato inválido, supuestos en los que la falta de validez del contrato es imputable a una de las partes o es conocida por una de ellas y omite la información a la otra. Y, en segundo lugar, por el incumplimiento, en las negociaciones o tratos preliminares, del deber de buena fe *in contrahendo*⁴⁴, conforme al

⁴⁰ Esta figura fue formulada por primera vez por Ihering en la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Afirmaba que la parte que ha provocado la nulidad del contrato responde frente a la otra del daño causado por su anulación.

⁴¹ ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE. “La responsabilidad precontractual como responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. op., cit., p.83.

⁴² YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.88.

⁴³ PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*, t.II, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1995, pp.1039 y 1040.

⁴⁴ ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE. “La responsabilidad precontractual como responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. op., cit., p.83.

cual las partes negociadoras asumen deberes de comportamiento mientras negocian, vienen compelidas al cumplimiento de deberes de confianza, confidencialidad, así como otros comportamientos tendentes a evitar que se cause algún perjuicio a la otra parte⁴⁵.

El Tribunal Supremo hace mención a que la actuación contra el principio de buena fe da lugar a responsabilidad precontractual en la STS de 29 de enero de 1965 en la cual afirma “*que se contradice o falta a la buena fe cuando se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no puede conocerla, se va contra la resultancia de los propios actos, se realiza un acto equivocado para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación, o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en quien puso su confianza en ella*”.

Es cierto que la libertad contractual no obliga a concluir un contrato respecto del que se está en tratos preparatorios, pero no podrá pretenderse que la libertad negocial no tenga límites y que cuando una parte ha generado en la otra un determinado grado de confianza, en base a la cual la otra parte ha realizado unos gastos razonables y relacionados con el negocio del que se trataba, es conveniente que estos daños sean reparados por aquel que favoreció a que se realizaran, bien por su negligente conducta o culpa intencional, que atendiendo a cada caso, el deber del alcance de reparar será diferente (art.1107 CCv)⁴⁶.

Respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, si es aplicable el régimen contractual o extracontractual, esta cuestión ya fue planteada por Ihering inclinándose por la solución de la responsabilidad contractual. Argumentaba que el concepto de “nulidad del contrato” no implicaba ausencia de efectos, sino los efectos relativos a su ejecución o cumplimiento⁴⁷.

En la doctrina española, autores como ASÚA GONZÁLEZ, GARCÍA RUBIO, VÁZQUEZ DE CASTRO, TOMÁS MARTÍNEZ y COSSÍO, se inclinan a favor de incluir esta forma de responsabilidad en el marco de la extracontractual. Estos autores entienden que cuando culposa o dolosamente se causan perjuicios a otros como consecuencia de la frustración de un contrato proyectado o con ocasión de la nulidad de uno ya perfecto, surge la responsabilidad por culpa que da derecho a exigir este

⁴⁵ DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t.I, Civitas, Madrid, 1996, p.270.

⁴⁶ PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de daños*, t.II, op., cit., pp.1097 y 1098.

⁴⁷ ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE. “La responsabilidad precontractual como responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. op., cit., p.84. Los planteamientos y la doctrina de Ihering de la *culpa in contrahendo* representaron una novedad para la civilística del último tercio del siglo XIX, influyendo en la redacción de Código Civil alemán.

resarcimiento. Nunca podrá ser de carácter contractual ya que no se ha producido ninguna vinculación de tal clase⁴⁸.

3.2.2. Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella.

La calificación de los daños como contractuales no requiere que la relación entre las partes haya de nacer necesariamente de un contrato. Es suficiente la existencia de un vínculo obligacional previo entre ellas, que puede nacer de otras situaciones análogas, como, por ejemplo, servicios públicos directamente sufragados por el beneficiado de dicho servicio, el cual será el perjudicado⁴⁹.

Señalar como ejemplo la STS de 26 de enero de 1984 en el que se produjeron daños al actor debido al mal funcionamiento de la empresa pública de alcantarillado, en la cual el Tribunal Supremo consideró dichos daños como contractuales, *“la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado (...) existiendo obligación derivada de contrato de relación precedente análoga no hay que acudir a los art.1902 y 1903 CCv (...). La obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños causados a la actora no surgió ex novo en virtud de esos daños y por causación material de la recurrente sino que deriva de la relación jurídica previa existente entre ambas”*.

Por tanto, para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual no es preciso que exista propiamente un contrato, sino que basta una relación análoga. Es reiterada la jurisprudencia conforme a que, para que surja responsabilidad contractual, es suficiente que los sujetos estén ligados por un vínculo contractual, expreso, tácito o presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídico-reales como la comunidad de bienes⁵⁰.

Debe tenerse en cuenta el tipo de responsabilidad en que incurre el ente público, pues si los daños son consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se encuadran normalmente dentro del ámbito de aplicación de la Ley 40/2015,

⁴⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE. “La responsabilidad precontractual como responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. op., cit., p.84.

⁴⁹ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.148.

⁵⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.86.

de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la cual establece en su art.30 un plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra esta. Lo mismo sucede con el INSALUD y los afiliados a la Seguridad Social u otras personas con derecho a la asistencia sanitaria. En virtud de esta relación la jurisprudencia del TS ha declarado de forma reiterada que los daños provenientes de una defectuosa asistencia médico-quirúrgica en Centros clínicos u hospitalarios adscritos a la red del INSALUD o a los centros de salud de las CCAA, pueden considerarse como derivados de una relación análoga a la contractual y por ello le resulta de aplicación el plazo de prescripción de cinco años del art.1964 CCv⁵¹.

Si bien, la STS de 11 de junio del 2001 afirma que en aquellos casos en los que la atención sanitaria prestada por los centros pertenecientes a la Administración sanitaria lo fuera a personas con las que no existiera relación alguna, no hay una configuración contractual entre aquella persona y los organismos rectores de la SS y se trataría por tanto de una relación extracontractual, lo cual no es aplicable cuando estuvieran afiliados a la SS por cualquiera de sus regímenes o a los familiares a los que se extiende la cobertura.

3.2.3. Zona mixta entre ambos tipos de responsabilidades.

Es en este punto donde, sobre todo, se manifiestan las dificultades. Se trata de aquellos casos en los que mediando una previa relación contractual entre las partes, una de ellas sufre daños de naturaleza corporal o moral, como consecuencia del incumplimiento por la otra de alguna de las obligaciones derivadas indirectamente del contrato, y cuya adscripción al incumplimiento contractual o extracontractual no está clara⁵².

Son situaciones en las que no es fácil decantarse por una u otra solución, ya que por un lado se encuentra la obligación de ejecutar exactamente la prestación y por otro lado se encuentra la obligación genérica de no causar daño a otro (*alterum non laedere*)⁵³.

Respecto a estos casos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidad, se encuentran sobre todo aquellos derivados de las relaciones contractuales en las que en la ejecución

⁵¹ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.149. Para extraer dicha conclusión REGLERO ha seguido el criterio jurisprudencial del TS en sus sentencias de 18 de febrero de 1997 y de 30 de diciembre de 1999.

⁵² STS de 7 de diciembre del 2000: fallecimiento de un inquilino por electrocución en piso arrendado, debido al defectuoso estado del frigorífico de la vivienda, imputable tanto al arrendador como al arrendatario.

⁵³ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.154.

de la prestación queda directamente comprometida la vida, la salud y la integridad física de una de las partes. La inobservancia por una de las partes de los deberes de diligencia exigibles puede dar lugar al fallecimiento o a lesiones psicofísicas a la otra parte. Por lo que en el supuesto en el que se lesionen la vida y la integridad física, estos bienes son merecedores de protección independientemente de la existencia de un contrato, con lo que la responsabilidad extracontractual debe concurrir siempre que los perjuicios sean igualmente indemnizables sin un contrato. Esto es lo que lleva a circunscribir esa zona mixta a las llamadas “obligaciones de seguridad, protección o cuidado”⁵⁴.

El Tribunal Supremo señala en la sentencia de 30 de mayo de 2014 que es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista una relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación de un contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio de unidad de la culpa civil⁵⁵.

En realidad, cuando de un contrato nace una obligación de seguridad o custodia, el daño sufrido por el bien o derecho custodiado debe ser considerado contractual. Lo que sucede es que cuando ese bien o derecho es, por ejemplo, la vida o la integridad física y moral, existe una tendencia natural a considerarlo extracontractual, seguramente por el hecho de que tales bienes no pueden ser objeto de contrato. Por ello, por regla general se admite al perjudicado optar por el ejercicio de cualquiera de ambas acciones⁵⁶.

3.3. El problema de conjunción de responsabilidades.

La jurisprudencia ha reconocido la dificultad que conlleva la tarea de delimitación en los casos fronterizos a la hora de calificar la naturaleza contractual o extracontractual de determinados daños.

⁵⁴ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.155.

⁵⁵ MAGRO SERVET, V. *Guía práctica sobre responsabilidad civil*, LA LEY, Madrid, 2015, p.97.

⁵⁶ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, op., cit., p.157.

En muchas ocasiones la jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad contractual y extracontractual son dos pretensiones jurídicamente autónomas y distintas. Se conoce como la teoría del derecho de opción, que permite a la víctima elegir entre la acción contractual y la extracontractual. Ahora bien, para que pueda disfrutar de esta opción es preciso que tenga derecho a situarse en el ámbito contractual a la par que en el ámbito extracontractual, es decir, debe de tratarse de un caso fronterizo⁵⁷.

Una vez efectuada la opción, posteriormente ya no podrá ampararse en el régimen excluido. Dicha opción elegida también vincula al juez, que no podrá aplicar las normas del régimen no elegido, ya que ello supondría dictar una sentencia con vicio de incongruencia. En cambio, si la demanda es rechazada, la víctima podrá iniciar un nuevo proceso y utilizar en él la vía que excluyó la primera vez, ya que, al tratarse de pretensiones distintas y autónomas, no hay efectos de cosa juzgada⁵⁸.

A favor de dicha teoría se encuentra la STS de 2 de enero de 1990, la cual trata de la pérdida de mercancía en el curso de un transporte por el mar, en la cual el Tribunal Supremo señala *“es lícito a los actores apoyar su pretensión en el art.1902 del Código Civil, pues se trata de uno de los casos en los cuales el acreedor puede elegir entre la culpa contractual y extracontractual, tan difíciles de deslindar en aquellos casos en los que, principalmente en contratos de resultado, su cumplimiento depende de la pericia del deudor, en situaciones en las que existe variados, frecuentes y graves riesgos, como ocurre en la navegación marítima y en el transporte, en general”*.

Esta teoría del derecho de opción se presenta como una opción que favorece a la víctima del daño, ya que puede acogerse a los preceptos de una u otra responsabilidad, como ya hemos señalado anteriormente. Por este motivo, como fundamento del derecho de opción cabe mencionar el principio *“pro damnato”* (en favor del perjudicado)⁵⁹.

Otra teoría aplicable en estos supuestos fronterizos es la teoría de la absorción o incompatibilidad. La jurisprudencia que entiende que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual constituyen pretensiones distintas y autónomas, admite esta segunda variante. Conforme a esta teoría, si se trata de pretensiones distintas y con

⁵⁷ BLANCO GÓMEZ, J. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 95-97.

⁵⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.100.

⁵⁹ BLANCO GÓMEZ, J. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, op., cit., pp. 106 y 107.

distintos regímenes jurídicos, no cabe opción, sino solo aplicar el régimen correspondiente al caso concreto. Si las partes han sometido el derecho a obtener una indemnización a la tutela de un determinado régimen es porque lo han sustraído de cualquier otra tutela. No puede ser jurídicamente serio que, según las necesidades de la víctima, ésta opte por situar su pretensión en la órbita que le resulte más beneficiosa para sus intereses. Esta tesis ha tenido mucho éxito en Italia, pero sobre todo en Francia, en nuestro país también ha tenido repercusión jurisprudencial en no pocas ocasiones, pero con menor arraigo⁶⁰.

En la segunda mitad de la década de los noventa, el Tribunal Supremo acuñó una doctrina que hoy puede calificarse de predominante. Se trata de la doctrina “de la unidad de la culpa civil” en el caso de yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual⁶¹. Es decir, “*cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro*”⁶². Esta teoría parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes y distintas entre sí, sino una sola pretensión indemnizatoria. El demandante, en la demanda, debe limitarse a exponer los hechos en que se basa la pretensión resarcitoria, sin calificar jurídicamente los hechos, si tiene su origen en un incumplimiento contractual o extracontractual. En caso de que lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con total libertad en virtud del principio *iura novit curia*, por lo que, si la reclamación no tiene cabida en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga un vicio de incongruencia⁶³.

“La yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente o subsidiariamente, u optando por una u otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en

⁶⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.101.

⁶¹ También se habla en estos casos de la “teoría del concurso de normas”.

⁶² STS de 6 de octubre de 1992.

⁶³ BLANCO GÓMEZ, J. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, op., cit., pp. 143 y 144. En este puto BLANCO GÓMEZ toma como referente lo expuesto por YZQUIERDO TOSLADA en *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op., cit., p.102.

favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”⁶⁴.

Siempre que los elementos fácticos del caso y las pretensiones presentes en la demanda permanezcan inalterables, tanto para los litigantes como para el tribunal, no tiene por qué producirse indefensión en el caso de que se altere la calificación jurídica de la *causa petendi*⁶⁵. Ahora bien, si se trata de un supuesto claro, en el cual los elementos de la pretensión permiten determinar la naturaleza de la acción dentro del ámbito contractual o extracontractual, con carácter indiscutible, se debe alegar la acción correspondiente, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar el régimen pertinente⁶⁶.

Lo que no está permitido en ninguno de los casos, según la jurisprudencia, es la posibilidad de que las partes puedan escoger a su conveniencia las normas de uno u otro régimen seleccionando aquellas normas que le sean más favorables o el ejercicio simultáneo de ambas acciones, se debe aplicar uno u otro régimen en su conjunto⁶⁷.

A juicio de YZQUIERDO TOLSADA, “la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. Al ser en la demanda donde se identifican las pretensiones jurídicas, no parece bueno para la seguridad jurídica que el demandante o el propio órgano jurisdiccional puedan variar los fundamentos de derecho”⁶⁸.

El hecho de que el derecho de opción constituya una solución aceptable en aquellos casos fronterizos, no debe servir para ir más allá y liberar a las partes y al órgano jurisdiccional de su función de calificar jurídicamente los hechos y de hacerlo de forma correcta, por mucho que el resultado sea el mismo⁶⁹.

⁶⁴ STS de 29 de noviembre de 1994, STS de 19 de mayo de 1997, SAP de Madrid de 5 de marzo de 2007, entre otras.

⁶⁵ Dicha conclusión podemos extraerla de una serie de sentencias, como lo son la STS de 18 de febrero de 1997, STS de 26 de mayo de 1988 o SAP de Burgos de 14 de junio de 1991, entre otras.

⁶⁶ STS de 29 de noviembre de 2005.

⁶⁷ REGLERO CAMPOS, F, *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.170.

⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.103.

⁶⁹ REGLERO CAMPOS, F, *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.169.

4. Responsabilidad civil derivada del delito.

El régimen de fuentes de las obligaciones en nuestro Código Civil (art.1089) y la diferente regulación jurídica, lleva a pensar que la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas es diferente de la que deriva de “*actos u omisiones en los que intervengan cualquier género de culpa o negligencia no penadas por la ley*” (art.1093 CCv). Con razón se ha criticado la expresión “responsabilidad civil derivada del delito”, porque, a efectos civiles, no tiene ninguna relevancia que el hecho dañoso sea también un ilícito penal. En ambos casos, a efectos de la responsabilidad civil, la consecuencia que importa es la de que el causante del daño debe de indemnizar los daños causados. Por este motivo carece de justificación el hecho de que la responsabilidad civil derivada del delito sea regulada en una Ley no civil, como es el Código Penal. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico contempla una dualidad de regímenes de responsabilidad civil, según que el hecho dañoso sea o no constitutivo de delito, sin perjuicio de que el Código Civil sea de aplicación supletoria por mandato del art.4.3º CCv⁷⁰.

La responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen en el art.109.1 del Código Penal, el cual establece que “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*”. Este precepto parece dar a entender que el fundamento de la responsabilidad civil derivada del delito fuera la comisión de un delito, cuando en realidad su fundamento está, al igual que en la responsabilidad civil regulada en el Código Civil, en la causación de un daño. Daño que, tanto si se produce a consecuencia de la comisión de un delito como si deriva de una conducta no delictiva, hay que repararlo en virtud del principio *alterum non laedere* (art.1902 CCv)⁷¹.

En la explicación de esta responsabilidad *ex delicto* voy a seguir las opiniones de REGLERO CAMPOS e YZQUIERDO TOLSADA⁷² los cuales argumentan este tema en la misma dirección.

⁷⁰ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE. “Responsabilidad civil y responsabilidad penal”, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. t.I, op., cit., pp.47 y 48.

⁷¹ REGLERO CAMPOS, F, *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p. 1069.

⁷² YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., pp.57-59; REGLERO CAMPOS, F, *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., pp. 70-72.

Por lo que respecta a los hechos o fuentes de los que puede nacer una obligación civil son la Ley, los contratos y cuasicontratos y *“los actos u omisiones ilícitos en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”* (art.1089 CCv).

Con esta última expresión el legislador civil quiso hacer mención a dos fuentes de obligaciones completamente diferentes. En primer lugar, la derivada del ilícito penal, denominada responsabilidad civil derivada del delito. Cuando el ilícito penal origine daños resarcibles generará la correspondiente responsabilidad civil, en éste ámbito habrá que acudir al art.1092 CCv que remite al Código Penal: *“Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”*.

Y, en segundo lugar, la derivada del ilícito puramente civil, denominada responsabilidad civil pura. Hace referencia a aquellos supuestos en los que habiéndose ocasionado daños, el acto originador no es constitutivo de delito. Se regula en el art.1093 CCv: *“Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro”*.

Aunque el Código Civil ha establecido dos fuentes diferentes y autónomas de responsabilidad civil, ésta no es más que una sola. No existe una responsabilidad civil derivada del delito y una responsabilidad civil pura, simplemente, existe responsabilidad civil, tanto en el supuesto de que el daño haya sido causado con ocasión de un delito como en el caso de que no haya sido así. La reparación del daño causado nunca podrá encontrar su fundamento ni su origen en un delito. Éste solamente tendrá consecuencias en el orden penal, y si además se han causado daños resarcibles, serán éstos, y no el delito, la verdadera fuente de la obligación de reparar.

A favor de lo anteriormente expuesto cabe mencionar el art.116.1 LECrim, en virtud del cual la inexistencia de responsabilidad penal, no impide que persista la responsabilidad civil para la indemnización del daño causado. En concreto el precepto establece que *“La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”*.

En este sentido se pronuncia la STS de 14 de marzo del 2003, la cual establece que *“Las obligaciones civiles “ex delicto” no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto*

originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios”.

4.1. Diferencias normativas entre los dos regímenes.

Los arts.1902 y ss del Código Civil y 109 y ss del Código Penal, contienen las diferentes regulaciones que se mantienen para la misma responsabilidad civil. Las diferencias son, siguiendo a REGLERO CAMPOS⁷³:

a) Para exigir la responsabilidad de los guardadores y padres del inimputable (aquel que queda eximido de responsabilidad penal por no poder comprender la ilicitud del hecho punible que ha cometido), el Código Penal exige demostrar la culpabilidad de éstos (arts.118.1.1º y 120.1º CP). En el Código Civil la culpa de los padres se presume, la responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia para prevenir el daño (art.1903.6 CCv).

Respecto al tipo de responsabilidad de los padres y tutores el art.1903 CCv aboga por una responsabilidad directa, mientras que el art.120.1 CP por una responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, mayores de edad incapacitados sujetos a patria potestad prorrogada.

Para la determinación de la responsabilidad civil de los padres, tutores o guardadores en el caso de menores de edad sujetos a su patria potestad o tutela, debemos acudir al art.19 CP, el cual dispone que *“Cuando un menor de dicha edad (dieciocho años) cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.*

Ante la presencia de un menor debemos acudir a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que se aplica a menores entre catorce y dieciocho años, según su exposición de motivos. Esta Ley Orgánica 5/2000 establece la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores y guardas legales o de hecho en su art.63.3: *“Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados*

⁷³ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., pp.1082-1116. La misma dirección y los mismos argumentos expone YZQUIERDO TOLSADA en *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*.

sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”.

En conclusión, la responsabilidad de los padres y tutores, tanto del menor de edad como del mayor de dieciocho años sujeto a patria potestad prorrogada o tutela y que convivan con él, será siempre directa si hay responsabilidad civil pero no criminal, bien porque el juez haya dictado una sentencia absolutoria (arts.118.1 CP y 63.1 LO 5/2000), bien porque, no habiendo mediado actuaciones penales, la responsabilidad haya sido exigida a los padres o tutores por la vía del art.1903.2 o 3 CCv. Por otro lado, en el supuesto de que un mayor de edad sujeto a tutela o a patria potestad prorrogada sea declarado responsable criminalmente, suya será la responsabilidad civil directa (art.116 CP), respondiendo subsidiariamente los guardadores legales (art.120.1 CP). Finalmente, cuando se trate de un menor entre catorce y dieciocho años responsable de la comisión de un delito, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho.

Respecto a la responsabilidad civil del progenitor que no ostenta la guarda y custodia de su hijo cuando éste comete un daño encontrándose bajo la custodia del otro progenitor, concedida en sentencia de divorcio, no se le puede atribuir responsabilidad sobre la base de la presunta culpa “*in educando*” del art.1903 CCv. Aunque se ha producido una progresiva tendencia hacia la objetivación en la responsabilidad civil de los padres, tal consideración no permite vulnerar la ley que, en el art.1903 CCv, atribuye responsabilidad a los padres por los hechos de los hijos que se encuentran bajo su guarda. Ahora bien, cuando el hijo comete un daño en el período de régimen de visitas con el cónyuge que no ostenta la guarda, la jurisprudencia declara responsable a dicho progenitor sobre la base de la presunta culpa “*in vigilando*” del art.1903 CCv. En este supuesto sería de aplicación la llamada “teoría del traspaso de responsabilidades”, según la cual el derecho de visitas transfiere la guarda. Prevalecería la guarda real sobre la guarda legal, de tal modo que podría decirse que la responsabilidad de traspasa con el menor y respondería el progenitor que le tenga consigo en el momento de la comisión del acto dañoso⁷⁴.

c) La responsabilidad del empresario por el hecho de los dependientes es subsidiaria en el Código Penal, “*Son también responsables, en defecto de los que lo sean criminalmente*”

⁷⁴ MAGRO SERVET, V. *Guía práctica sobre responsabilidad civil*, op., cit., pp.396 y 397.

(art.120.4º) y directa y con presunción de culpa en el Código Civil, donde establece que son responsables “*Los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*” (art.1903.4). Nuestro Código Civil establece una presunción de culpa que ha de ceder ante una prueba de diligencia del empresario, tal y como establece el último párrafo del artículo. La jurisprudencia civil afirma que el fundamento de la responsabilidad del empresario está en la falta de cuidado y vigilancia, culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”.

Conforme mantiene REGLERO CAMPOS, en el Código Penal, a diferencia de lo que sucede en el art.1903.4 CCv, no se hace mención a la culpa ni a la negligencia, ni para exigirla, ni para presumir “*iuris tantum*” su concurrencia. Por lo que es indiferente que haya o no culpa, no se permite al empresario demostrar que hubo diligencia por su parte, responde por el hecho de ser empresario por el daño derivado de una conducta delictiva llevada a cabo por sus dependientes acaecida en el ámbito de la propia actividad.

d) Lo mismo ocurre con los centros de enseñanza no superior. En el Código Civil encontramos una responsabilidad directa en el art.1903.5 de “*las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias*”. Por lo que respecta a la regulación de la responsabilidad civil contenida en el ámbito penal, debemos acudir a la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, y al Código Penal. De la redacción de ambos textos legales, la jurisprudencia ha deducido lo siguiente: que si el escolar es mayor de edad, solamente responderá él; que si el escolar es menor de edad, la única posibilidad de fundamentar la responsabilidad del Centro de Enseñanza pasa por dar una interpretación del vocablo “*guardadores de hecho*” del art.61.3 LO 5/2000 que pueda comprender a tales Centros. De no llevarse a cabo esta interpretación no queda más posible responsable que el propio menor, pues no se nos ocurre que el legislador esté pensando en la responsabilidad de los padres o tutores, ya que estos han delegado sus funciones de vigilancia y custodia al Centro.

e) Por lo que respecta a la responsabilidad del Estado, es directa en el régimen general (arts.32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)

y subsidiaria en el Código Penal. El Estado y demás Entes públicos referidos en el precepto simplemente responden civilmente en caso de delitos dolosos o culposos cometidos en el ejercicio de su cargo o funciones y ha de haber una relación causal directa entre la conducta y el servicio público (art.121 CP).

f) En el caso de la concurrencia de varios agentes en la causación del daño, por lo que respecta a la responsabilidad, en el Código Penal se consagra la solidaridad si el hecho es constitutivo de delito (art.116 CP). Sin embargo, en el ámbito civil no juega esta presunción de solidaridad a no ser que se pacte expresamente, por lo que se consagra la mancomunidad.

g) Finalmente, hacer mención al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad “*ex delicto*”. A juicio de REGLERO CAMPOS, “está meridianamente claro que, cuando se pretende ejercitar la acción civil separadamente de la penal, tanto si el resultado del proceso criminal ha sido la absolución, como si lo ha sido el sobreseimiento o la condena, se cuenta con el escaso margen de un año previsto en el art.1968.2 CCv”⁷⁵.

Este plazo de un año es muy breve y, es muy duro que la víctima de un daño se quede sin indemnización por razones de prescripción, por ello la Sala Primera del Tribunal Supremo ha ido consolidando una doctrina que logra hallar la justicia material, pero en detrimento de la técnica y de la seguridad jurídica. Siguiendo dicha doctrina, si el art.1968.2 CCv establece el plazo de un año de prescripción para “*las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902*” y nada dice sobre las obligaciones civiles derivadas de los delitos, este artículo operaría exclusivamente para los supuestos de responsabilidad extracontractual “pura”, por lo que para la responsabilidad civil “*ex delicto*” se aplicaría el plazo de cinco años, el plazo general de las acciones personales que no tengan establecido plazo especial de prescripción (art.1964 CCv)⁷⁶.

La responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad civil regulada en el Código Civil son dos acciones que tienen distinto régimen jurídico, por ello tienen plazos distintos, cinco años (art.1964.2 CCv) y un año (art.1968.2 CCv) respectivamente. Esto es así porque se encuentran reguladas en distintos cuerpos legales, pero no está claro que

⁷⁵ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.1105.

⁷⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.70. Así, pueden verse las SSTs de 2 de julio de 1979, 5 y 3 de noviembre de 1981, 10 de mayo de 1993, 7 de diciembre de 1989, 27 de octubre del 2011, sentencias de las Audiencia Provinciales de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2007, Palencia, de 17 de junio de 2002, etc.

se traten de dos acciones de diferente naturaleza ya que ambas tienen, o deberían de tener, la misma finalidad, el resarcimiento del daño, y los tribunales en muchas ocasiones usan las reglas de la responsabilidad civil pura con base en la unidad de la unidad de la culpa civil en aras de la protección de la víctima.

Una vez iniciado el juicio penal con reserva de acción civil, si el procedimiento concluyese con una sentencia condenatoria, reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo establece que la víctima disfrutará del plazo de cinco años para la prescripción de la acción civil. En cambio, si el proceso penal terminara con una sentencia absolutoria, el plazo será de un año, ya que se trataría de responsabilidad civil derivada del art.1902 CCv⁷⁷.

La consideración de ambas acciones de responsabilidad civil como acciones distintas es algo que no está perfectamente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya que, en los casos en que prescriba la acción penal, indulto, amnistía, fallecimiento del reo o demencia sobrevenida, el Tribunal Supremo utiliza argumentos contradictorios, respecto a los plazos de prescripción de la acción de responsabilidad civil, en distintas direcciones, en casos con supuestos de hecho análogos⁷⁸.

En definitiva, en este ámbito hay una gran inseguridad jurídica ya que el criterio del Tribunal Supremo respecto a los plazos de prescripción no es uniforme, lo que implica que las víctimas de los delitos no sepan si la reserva de la acción civil supone verla sometida al plazo de cinco o al de un año. Por el momento, esta duplicidad normativa está presente en el propio Código Civil con la regulación del art.1092 CCv y mientras sigan así las cosas, es perfectamente legítimo considerar la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad civil regulada en el Código Civil son dos acciones de diferente naturaleza.

5. Unificación de regímenes de responsabilidad civil.

En este punto vamos a esgrimir las razones, según afirma YZQUIERDO TOLSADA, para una “moderada” unificación de regímenes.

⁷⁷ RUIZ BOSCH, S. Porticolegal.com [Internet], *La prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito*. Enlace URL a fecha de 14 de mayo de 2017: https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=423

⁷⁸ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.1109.

“El panorama contractual de nuestros días se ve presidido por multitud de figuras contractuales que salen a la luz de manera vertiginosa y en la que uno de los contratantes no tiene mucho tiempo para reflexionar, estamos hablando de contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, condiciones generales...presentan un estado de cosas en el que la autonomía de la voluntad no juega tan ampliamente como lo hacía en la época de la publicación del Código civil. En estos casos, el estatuto específico de distribución de riesgos que se contiene en el contrato no tiene su origen en la autonomía de la voluntad”⁷⁹.

Esta es una de las cuestiones por las que resulta muy complicado determinar en qué ámbito de responsabilidad debemos movernos y llevan a la doctrina más moderna a sugerir un acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil.

YZQUIERDO TOLSADA destaca tres bloques de razones a favor de una aproximación entre las dos esferas:

a) De orden sustantivo: si se parte de la base de que el objeto de la responsabilidad civil es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no está justificada. Producido un daño, siempre que le sea imputable a su autor, debe de repararlo, con independencia de que haya acaecido dentro en el marco de una relación contractual o extracontractual. La existencia de dos regímenes tan sustancialmente distintos no está justificado en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama cada vez una mayor defensa de la persona, por ello se trata más de una distinción de carácter teórico que práctico ya que ambos tipos de responsabilidad están pensados para un mismo fenómeno, el resarcimiento del daño. Si indemnizar significa dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba, podrá haber diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores⁸⁰. La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual del daño, como una simple cuestión de clasificación, no alteraría su unidad ya que la acción será única: único el “petitum” (resarcimiento del daño) y única la “causa petendi” (el hecho productor del daño)⁸¹.

⁷⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.83.

⁸⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.83.

⁸¹ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.144.

Según afirma la autora francesa VINEY “sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica se sacrificasen los verdaderos intereses en juego, asegurar la correcta reparación de los daños y prevenir los comportamientos antisociales”⁸².

b) De orden sistemático: si entre el agente y la víctima media contrato, la responsabilidad solamente es la sanción por el incumplimiento del mismo, precisamente porque una de las partes no cumple se plantea la posibilidad de aplicar la responsabilidad contractual. En cambio, cuando nos planteamos aplicar la responsabilidad extracontractual, entre las partes no existe ningún vínculo, es el hecho dañoso el que genera la obligación poniendo en contacto a las partes. Los autores, al hablar de responsabilidad contractual, no suelen ocuparse de cuestiones que sí tratan cuando abordan el estudio de la responsabilidad extracontractual. En ella se estudian los presupuestos prescritos en el art.1902 CCv para que nazca la obligación de resarcir: un acto (acción u omisión), un daño, la relación de causalidad entre el acto y el daño y el factor de atribución o imputación (culpa, dolo, riesgo...) que permita imputar el resultado lesivo a un determinado patrimonio. En realidad, estos presupuestos son elementos comunes a ambas modalidades de responsabilidad: la acción u omisión de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el incumplimiento del contrato en la contractual. Y el art.1101 CCv habla también de causalidad, de daños y de culpa, al igual que lo hace el art.1902 CCv⁸³.

c) De orden práctico: no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos y que, de dar una respuesta u otra, va a depender la aplicación por parte de los tribunales de soluciones absolutamente distintas. Los demandantes que, ante daños que pueden encontrar un difícil tratamiento en la esfera contractual, encajan la reclamación en la esfera aquiliana (aunque existe contrato), ya que este régimen es más beneficioso para el perjudicado, o los que, ante una acción extracontractual prescrita, tratan de colorear de contractual lo que no lo es, ya que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual es más amplio que el de la extracontractual⁸⁴.

⁸² YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.83.

⁸³ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.84.

⁸⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.85.

Respecto a este tema comparto la opinión de REGLERO CAMPOS, el cual afirma que en la mayor parte de los casos resulta absurdo que para pedir la indemnización por unos mismos daños sea diferente el régimen jurídico, según se considere que su origen es contractual o extracontractual. Además, genera inseguridad jurídica que no exista una línea jurisprudencial homogénea sobre la materia. Por eso, o al menos en determinados ámbitos, sería conveniente disponer de un único régimen jurídico que haga perder la relevancia de qué los daños se consideren contractuales o extracontractuales. Unificación que podría lograrse sin mayores problemas a través de la homogeneización de ciertas normas sustantivas y procesales, todo ello sin perjuicio de la aplicación de los pactos lícitos que modulen la específica distribución de riesgo entre las partes contratantes⁸⁵.

Las razones que siempre se seguirán dando a favor de la diversificación se pueden encontrar en el hecho de que quien se obliga voluntariamente está en situación de calcular el riesgo que asume en el caso específico incumplimiento. Sin embargo, en general, fuera de una específica obligación es menos verosímil la posibilidad de calcular los innumerables riesgos de resarcimiento por daños causados a terceros como consecuencia de nuestro actuar. Pero según nos vayamos alejando del modelo de la autonomía contractual, es más recomendable unificar ambas esferas, no solo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas⁸⁶.

6. Conclusiones.

- I. Como es sabido, existen dos regímenes de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, ambos regulados en el Código Civil y con distintas normas aplicables. En la teoría, diferenciar las características que identifican ambos regímenes de responsabilidad y en que supuestos resultan aplicables es tarea fácil basándonos en su regulación en los textos legales.
- II. En la práctica, cuando se aplican dichos regímenes es más complicado, esto se debe a la existencia de supuestos fronterizos entre ambos tipos de responsabilidad como la responsabilidad precontractual, la preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual pero análoga a ella y a la existencia de una zona mixta entre ambos tipos de responsabilidades. En estos

⁸⁵ REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t.I, op., cit., p.145.

⁸⁶ YZQUIERDO TOSLADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op., cit., p.105.

- supuestos la jurisprudencia y la doctrina han ido dando respuestas a estas cuestiones, determinando que tipo de régimen de responsabilidad se debe aplicar.
- III. Cuando los elementos de la pretensión permiten determinar sin ningún género de duda la naturaleza de la acción como contractual o extracontractual, se debe alegar la acción correspondiente. El problema viene en aquellas zonas oscuras o mixtas en las que no está claro si los daños reclamados provienen del incumplimiento de un contrato o tienen un origen extracontractual y por tanto se puede defender que estamos en uno u otro ámbito.
 - IV. Estas diferencias tan taxativas entre ambos regímenes de responsabilidad lo único que suponen, a efectos prácticos, es una gran inseguridad jurídica para aquellos que pretenden que se les indemnicen los daños ocasionados, pues no siempre es posible determinar sin ningún género de dudas ante que ámbito de responsabilidad nos encontramos. La jurisprudencia, para tratar de paliar las injusticias que esta inseguridad genera, ha elaborado una serie de doctrinas jurisprudenciales como lo son la doctrina de la unidad de la culpa civil o la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades y la teoría del derecho de opción.
 - V. Para solucionar estos problemas, la doctrina aboga por la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual ya que ambas responsabilidades tienen el mismo fin, la indemnización de la víctima que ha sufrido un daño, por lo que resulta irrelevante que el daño tenga origen contractual o extracontractual. Pero no existe una línea homogénea sobre la materia, generando una gran inseguridad jurídica y por ello, al menos en las zonas oscuras o mixtas, sería conveniente disponer de un único régimen jurídico de responsabilidad civil.
 - VI. Además de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, tenemos la mal denominada responsabilidad civil derivada del delito, conforme a la cual los jueces penales tienen que pronunciarse sobre la responsabilidad civil en aquellos supuestos en los que se dicte una sentencia condenatoria y la víctima haya renunciado a ejercerla por separado. Por lo que tenemos un nuevo régimen jurídico de responsabilidad civil que se contiene en el Código Penal, pero no está claro que la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil pura se traten de dos acciones de diferente naturaleza ya que ambas tienen, o deberían tener, la misma finalidad, el resarcimiento del daño, y en muchas ocasiones los tribunales

usan las reglas de la responsabilidad civil pura con base en la unidad de la culpa civil en aras de la protección de la víctima.

7. Bibliografía.

- ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 1997. Enlace URL a fecha de 9 de marzo de 2017: <http://hdl.handle.net/2183/18211>
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE. “Responsabilidad civil y Constitución”, en *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. t.I, Bosch, Barcelona, 2008.
- ATAZ LÓPEZ, J. *La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cáceres, 2006. Enlace URL a fecha de 20 de febrero de 2017: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>.
- BLANCO GÓMEZ, J. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Dykinson, Madrid, 1999.
- CANAVILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- CASADELLÀ SÁNCHEZ, M. *La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia*, Girona, 2014.
- Guíasjuridicas.wolterskluwer.es [Internet]. Enlace URL a fecha de 8 de marzo del 2017: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIyMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1KIaEzUAAAA=WKE
- DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t.II, Madrid, 1993.
- DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t.I, Civitas, Madrid, 1996
- GÁZQUEZ SERRANO, L. *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Granada, 2012.
- JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1978.
- MAGRO SERVET, V. *Guía práctica sobre responsabilidad civil*, LA LEY, Madrid, 2015.

- NAVEIRA ZARRA, M. Vlex.es [Internet], *Principios generales de la reparación de daños y perjuicios*. Enlace URL a 9 de mayo del 2017: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>
- PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*, t. I, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1995.
- PASCUAL ESTEVILL, L. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*, t.II, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1995.
- REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4ª Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- REVILLA TORRES, J. Legaltoday.com [Internet], *Efectos jurídicos de la Solidaridad Impropia*, 2009 [actualizado el 22 de marzo de 2017]. Enlace URL a fecha de 11 de marzo de 2017: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/inmobiliario_y_construccion/efectos-juridicos-de-la-solidaridad-impropia
- RODRIGO BARCIA. L, “La Asimilación de la Culpa al dolo Desde una Perspectiva Objetiva del Derecho de los Contratos”, *Ius et Praxis*, 2007. Enlace URL a 8 de marzo del 2017: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100003
- RUIZ BOSCH, S. Porticolegal.com [Internet], *La prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito*. Enlace URL a fecha de 14 de mayo de 2017: https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=423
- Sánchez Bermejo Abogados, sanchezbermejo.com [Internet]. Enlace URL a fecha de 11 de mayo de 2017: <https://www.sanchezbermejo.com/la-mancomunidad-y-la-solidaridad-en-las-obligaciones/>
- SEIJAS QUINTANA, J. *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepín, Madrid, 2015.
- TORRALVA SORIANO, O.V. *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, Anuario de Derecho Civil, 1971.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.