

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA**

TESIS DOCTORAL

Presentada para optar al grado de Doctor por

Rita Ribeirinho Pereira dos Santos Cruz

Directora:

Profesora Dr.^a María José Vaquero Pinto

Salamanca, 2020

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Agradecimientos:

A mi directora, por la confianza depositada en mí y por haber hecho superarme.

A mi marido y a todos los que han hecho posible la elaboración de esta tesis.

A mis hijos, que este trabajo les pueda servir de ejemplo de perseverancia.

«Dentro de los vastos dominios del Derecho privado, pocas materias competirán con la responsabilidad civil, en lo que toca al interés teórico que sus soluciones revisten para la ciencia jurídica y en lo que concierne a la importancia práctica que asume la aplicación de las respectivas normas en el marco de la vida económica y social de la comunidad».

ANTUNES VARELA, J., "Rasgos inovadores do código civil português de 1966 em matéria de responsabilidade civil", *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XLVIII, 1972, pág. 5.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS.....	6
I - INTRODUCCIÓN	13
II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL	17
1. Responsabilidad civil: delimitación y clases	17
2. Imputación y resarcimiento de daños y perjuicios	30
3. Evolución histórica.....	39
a) Experiencia española.....	52
b) Experiencia portuguesa	58
III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	63
1. El hecho	69
2. La ilicitud o antijuridicidad.....	75
a) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho	84
b) Legítima defensa	86
c) Estado de necesidad	90
d) Consentimiento del perjudicado.....	96
3. El criterio de imputación del hecho al responsable.....	99
a) Criterio subjetivo: culpabilidad	99
i. Error inevitable.....	115
ii. Miedo insuperable.....	116
b) Criterio objetivo: riesgo	119
4. El daño	136
5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño.....	151
a) Caso fortuito y fuerza mayor	186
b) Hecho de un tercero	189
c) Conducta del perjudicado	191
IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRA CONTRACTUAL.....	198

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

1. Que exista un contrato previo.....	200
a) La “relación jurídica precedente análoga”	200
b) La responsabilidad procedente de cuasicontrato	203
c) La responsabilidad precontractual	205
d) La responsabilidad postcontractual.....	215
2. Que el contrato sea válido.....	219
3. Que el contrato vincule al responsable con el perjudicado.....	221
a) Responsabilidad de los contratantes para con terceros	222
i. Contratos con estipulación en favor de tercero y con eficacia de protección a terceros	222
ii. Contratos en daño de tercero	224
iii. Causahabientes de uno de los contratantes	225
b) Responsabilidad de los terceros para con los contratantes.....	228
4. Que el daño resulte del incumplimiento del contrato	231
a) Casos en los que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca	231
b) Casos en los que se incumple una obligación expresamente pactada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad.....	232
c) Casos en los que el daño se produce por el incumplimiento de una prestación accesoria ligada a la naturaleza del contrato	238
V – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	243
VI – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPECIAL	264
1. Régimen Prescriptivo	264
2. Orden Jurisdiccional Competente.....	272
3. Colisión entre los Principios « <i>Iura Novit Curia</i> » y de Congruencia de las Sentencias.....	282
VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL	295
1. Concurrencia de pretensiones.....	299
a) Incompatibilidad de responsabilidades: la teoría de la absorción	299

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción	301
2. Concurrencia de Normas.....	306
VIII – CONVERGENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL	314
1. Doctrinas jurisprudenciales barajadas en los casos en que media una relación entre los organismos de la Seguridad Social y sus afiliados u otras personas con derecho a la asistencia sanitaria	322
2. Doctrina jurisprudencial del derecho de opción	327
3. Supuestos no aceptados por la jurisprudencia	351
4. Fórmula de la «estricta órbita de lo pactado»	363
5. Tesis de que el daño sea a la vez consecuencia de la violación de una obligación contractual y del deber más general de «no dañar a otro» .	367
6. Doctrina jurisprudencial de la “unidad de la culpa civil”	368
7. Abandono de la fórmula de la «estricta órbita de lo pactado»	386
8. Casos de obligaciones accesorias no expresamente pactadas por las partes, pero impuestas por la buena fe	399
9. Unificación de ambas esferas de la responsabilidad civil	403
IX – CONCLUSIONES	408
JURISPRUDENCIA.....	415
1. Jurisprudencia española.....	415
2. Jurisprudencia portuguesa	438
3. Jurisprudencia francesa	443
4. Jurisprudencia italiana.....	443
5. Jurisprudencia inglesa.....	444
6. Jurisprudencia comunitaria.....	444
7. Jurisprudencia norteamericana	445
8. Jurisprudencia argentina	445
9. Jurisprudencia de la Corte Interamericana	446
BIBLIOGRAFÍA	447

ABREVIATURAS

Por orden alfabético:

A.B.G.B. – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco)

a.C. – antes de Cristo

A.C. – Aranzadi Civil

A.D.C. – Anuario de Derecho Civil

A.F.D.U.A.M. - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma
de Madrid

Art. / Arts. – Artículo / Artículos

A.T. - Accidente o accidentes de trabajo

A.T.S. – Auto del Tribunal Supremo

B.G.B. – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

B.G.H. – Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

B.O.E. – Boletín Oficial del Estado (español)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

C.C. – Código Civil:

- Español: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, con última actualización publicada el 04/08/2018 (Referencia BOE – A – 1889 – 4763)
- Portugués: aprobado por el Decreto-Ley n.º 47344/66, de 25 de noviembre (publicado en el Diário do Governo n.º 274/1966, Serie I, de 1966-11-25), con última actualización aprobada por la Ley n.º 85/2019, de 3 de septiembre (publicada en el Diário da República n.º 168/2019, Série I, de 2019-09-03) [sitio de Internet: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>]

C.C.J.C. – Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

C.P. – Código Penal:

- Español: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con última actualización publicada el 02/03/2019 (Referencia BOE – A – 1995 – 25444)
- Portugués: aprobado por el Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de marzo (publicado en el Diário da República n.º 63/1995, Serie I-A, de 1995-03-15), con última actualización aprobada por la Ley n.º 58/2020, de 31 de agosto (publicada en el Diário da República n.º 169/2020, Série I, de 2020-08-31) [sitio de Internet: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/p/cons/20200831/pt/html>]

C.P.C. - Código de Proceso Civil (portugués), aprobado por la Ley n.º 41/2013, de 26 de junio (publicada en el Diário da República n.º 121/2013, Serie I, de 2013-06-26), con última actualización aprobada por Lei n.º 117/2019, de 13 de septiembre (publicada en el Diário da República n.º 176/2019, Série I, de 2019-09-13) [sitio de Internet: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>]

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Cap. - Capítulo

Cfr. – Conforme

Cit. – Citado o citada

Colec. – Colección

Coord. – Coordinador / Coordinadores

D.C.F.R. – Draft Common Frame of Reference

Dir. – Director / Directores

D.O.U.E. – Diario Oficial de la Unión Europea

D.R. – Diário da República (portugués)

Ed. – Edición

Edit. - Editorial

E.G.T.L. – European Group on Tort Law

Ej. – Ejemplo

Etc. – Et cetera («y lo demás»)

L.E.C. o L.E.Civ. – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (española),
con última actualización publicada el 19/09/2020 (Referencia
BOE – A – 2000 – 323)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

L.J.S. – Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (española), con última actualización publicada el 23/09/2020 (Referencia BOE – A – 2011 – 15936)

L.N.A.E. – Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (española), con última actualización publicada el 17/10/2014 (Referencia BOE – A – 1960 – 10905)

L.O. - Ley Orgánica

L.O.P.J. – Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (española), con última actualización publicada el 25/07/2019 (Referencia BOE – A – 1985 – 12666)

L.O.S.J. – Ley de Organización del Sistema Judicial (portuguesa), aprobada por la Ley n.º 62/2013, de 26 de agosto (publicada en el D.R. n.º 163/2013, Serie I, de 2013-08-26), con última actualización realizada por la Ley n.º 107/2019, de 9 de septiembre (publicada en el Diário da República n.º 172/2019, Série I, de 2019-09-09) [sitio de Internet: <https://data.dre.pt/eli/lei/62/2013/p/cons/20190909/pt/html>]

L.R.J.-P.A.C. – Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (española), con última actualización publicada el 04/09/2018 (Referencia BOE – A – 1992 – 26318) [Disposición derogada, con efectos a 2 de octubre de 2016, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con última actualización publicada el 23/09/2020 (Referencia BOE – A – 2015 – 10565), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Jurídico del Sector Público, con última actualización publicada el
19/09/2020 (Referencia BOE – A – 2015 – 10566)]

N. ° o Núm. / Núms. – Número / Números

P. o Pág. / Págs. – Página / Páginas

Pár. – Párrafo

P.E.T.L. – Principles of European Tort Law

R.C.D.I. – Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

R.C.U.D. - Recurso de Casación para Unificación de Doctrina (español)

R.D.Leg. – Real Decreto Legislativo (español)

R.D.P. – Revista de Derecho Privado

Rec. - Recurso

Ref. – Referencia

Rev. – Revista

R.G.L.J. – Revista General de Legislación y Jurisprudencia

R.J. – Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (español)

R.J.C.A. – Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia de la Jurisdicción Contencioso-
Administrativa (español)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

R.T.C. – Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional (español)

S. / Ss. – Sentencia / Sentencias

S.A. – Sociedad Anónima

S.A.N. / S.S.A.N. – Sentencia / Sentencias de la Audiencia Nacional (española)

S.A.P. / S.S.A.P. – Sentencia / Sentencias de la Audiencia Provincial (española)

Sig. / Sigs. – Siguiete / Siguietes

S.T.C. / S.S.T.C. – Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional (español)

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justicia (portugués)

S.T.S. / S.S.T.S. – Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo (español)

S.T.S.J. / S.S.T.S.J. – Sentencia / Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
(español)

T.S. - Tribunal Supremo (español)

T.R. – Texto Refundido

T.R.L.G.D.C.U. – Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (español), con última actualización publicada el 16/03/2019 (Referencia BOE – A – 2007 – 20555)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

T.R.L.G.S.S. – Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (español), con última actualización publicada el 30/09/2020 (Referencia BOE – A – 2015 – 11724)

T.R.L.P.I. – Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (español), con última actualización publicada el 06/05/2020 (Referencia BOE-A-1996-8930)

T.R.L.R.C.S.C.V.M. – 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 (español), con última actualización publicada el 08/04/2020 (Referencia BOE – A – 2004 – 18911)

Trad. - Traducción

U.N.I.D.R.O.I.T. - Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

V. - Véase

V. gr. – Verbi gratia («como tal», «por ejemplo»)

Vs. - Versus

Vol. / Vols. – Volumen / Volúmenes

Z.G.B. - Schweizerische Zivilgesetzbuch (Código Civil suizo, en alemán)

I - INTRODUCCIÓN

§ 1.º Una reclamación con fundamento en la responsabilidad civil contractual podría realizarse cuando entre el causante del daño y el dañado exista una relación obligatoria previa. Cuando ninguna relación obligatoria conecta el responsable al perjudicado o, preexistiendo ésta, el daño se halla por completo ajeno al ámbito que le es propio, el fundamento para la reclamación tendría de ser la responsabilidad civil extracontractual. La determinación de dicha relación obligatoria tendrá de realizarse en el caso concreto y la jurisprudencia nos ofrece ejemplos de distintas posibilidades de configurar relaciones obligatorias en el ámbito de la responsabilidad civil.

§ 2.º No obstante, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual vienen a ser dos institutos jurídicos en cierta medida paralelos: en ambos, se parte de la existencia de una obligación que produce efectos reparatorios o compensatorios. El problema está en dilucidar si quien no cumple una obligación de carácter contractual estará regido por los mismos principios que el que incurre en responsabilidad extracontractual, lo que levanta la cuestión si, en el fondo, la responsabilidad civil contractual y extracontractual se distinguen en su esencia.

§ 3.º La eterna discusión sobre la responsabilidad civil, que se verifica vigorosamente desde finales del siglo XIX, y la transformación operada en la teoría del contrato en los últimos años, en un marco de integración de los países de la Unión Europea y de la pretendida homologación de sus legislaciones, demandan una nueva formulación de las mismas y una seria reflexión científica, en la que hay que abordar los problemas de la aplicación del Derecho al caso concreto, ya que la progresión de los hechos sobrepasa el Derecho mismo, anclado a menudo en los poderosos resortes de los derechos codificados que, sin embargo, responden a otros principios filosóficos, jurídicos, económicos y

sociales. Por este motivo, analizaremos la doctrina y la jurisprudencia españolas y portuguesas, como muestra de los países europeos continentales, de tradición romanista, para verificar si la distinción efectuada en los respectivos Códigos Civiles entre responsabilidad civil contractual y extracontractual tiene reflejo en las respectivas decisiones de los tribunales.

§ 4.º De hecho, parece que los tribunales (en especial los españoles y portugueses, cuya jurisprudencia consideraremos en esta tesis doctoral), al tiempo que no se preocuparon en distinguir los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, se han acercado a una situación de total convergencia entre ambos planos. Así, nos ha surgido la siguiente hipótesis de trabajo: ¿se distinguen en su esencia la responsabilidad civil contractual y extracontractual? Efectivamente, se han manifestado ya varias opiniones en la doctrina contrarias a la distinción entre ambos tipos de responsabilidad civil: se afirma que es una diferencia basada en condiciones puramente históricas; que de lo que en ambos casos se trata es de reparar el daño que la conducta jurídica del agente causó al perjudicado, con independencia de las circunstancias que rodearon a ese daño; y que, por tanto, procede construir una teoría unitaria de la responsabilidad civil, cualquiera que sea su origen.

§ 5.º Por consiguiente, el principal objetivo a alcanzar en esta tesis doctoral consistirá en demostrar que un hecho dañoso puede resultar de la violación de una obligación de carácter contractual y, simultáneamente, del deber más general de «no dañar a otro», como se comprueba por la mayoría de la jurisprudencia de los mencionados tribunales; es decir, que el daño puede ser contractual sin dejar de ser extracontractual o, por lo menos, que existe una “zona mixta o fronteriza” entre ambas esferas de responsabilidad. Para ello examinaremos la jurisprudencia de los tribunales españoles y portugueses, con vista a concluir que la distinción operada en los respectivos Códigos Civiles entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, basada en razones históricas, ha sido superada por la línea jurisprudencial mayoritaria sobre la

materia, que facilita el ejercicio de la acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios con teorías como la “unidad de la culpa civil”, como veremos más adelante.

§ 6.º Después de dar el primer paso de nuestro proceso de investigación, que consistió, por un lado, en la formulación de la hipótesis “¿se distinguen en su esencia la responsabilidad civil contractual y extracontractual?” y, por otro, en la definición del objetivo del trabajo de investigación, se ha seguido la revisión bibliográfica. Así, se ha elaborado un texto con espíritu crítico y con consistencia teórica para apoyar la investigación, acudiendo a autores relevantes que hayan investigado ya el tema o otros temas complementarios, que constituyó el trabajo tutelado por la Profesora Dr.ª María José Vaquero Pinto sobre “Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual”, para obtención de la suficiencia investigadora. Tras la selección de la metodología de investigación (la investigación cualitativa¹) y de los instrumentos de observación y recogimiento de datos (el análisis documental y la observación no participativa)² más

¹ La metodología cualitativa que utilizaremos en la presente tesis doctoral se centra en la comprensión de los problemas, analizando los comportamientos, las actitudes o los valores. No existe en esta metodología demasiada preocupación con la dimensión de la muestra ni con la generalización de los resultados, ni tampoco se coloca el problema de la validez y de la fiabilidad de los instrumentos, como sucede con el método cuantitativo, aunque como hemos referido analizaremos las decisiones de los tribunales españoles y portugueses. Este tipo de investigación cualitativa es inductivo y descriptivo, en la medida en que el investigador desarrolla conceptos, ideas y entendimientos a partir de padrones encontrados en los datos (en el caso concreto, provenientes de la jurisprudencia de dichos tribunales), en vez de recoger datos para comprobar modelos, teorías o verificar hipótesis, como ocurre en los estudios cuantitativos. La ventaja de la investigación cualitativa es la posibilidad de generar buenas hipótesis de investigación, por el hecho de que se utilizan técnicas como la observación minuciosa y el análisis de documentos escritos (monografías, artículos de revistas científicas, trabajos académicos, colectáneas de jurisprudencia de los tribunales, etc.). Por el contrario, la desventaja resulta de problemas de objetividad que pueden ser consecuencia de la poca experiencia, falta de conocimientos o falta de sensibilidad del investigador. - Cfr. SOUSA, M. J. y SALES BAPTISTA, C., *Como Fazer Investigação, Dissertações, Teses e Relatórios – Segundo Bolonha*, Edit. Pactor, Lisboa, 4.ª Edición, 2011, págs. 52-63.

² En el ámbito de las ciencias sociales, la investigación cualitativa tiene como técnicas de recogimiento de datos características la observación y análisis documental, que utilizaremos en el presente proceso de investigación. El tipo de fuente de pesquisa más importante en un proceso de investigación como éste es el análisis de documentos como monografías, artículos de revistas científicas, trabajos académicos, colectáneas de jurisprudencia de los tribunales, etc., que pueden ser consultados tanto en centros de investigación y bibliotecas como en Internet, pues a menudo los documentos constituyen las únicas fuentes de información disponibles. Por ello, la

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

adecuados al objetivo de la presente investigación, se procedió al análisis de los datos, en una investigación cualitativa, que ha permitido analizar e interpretar la información obtenida, procurando responder al problema de investigación. Consecuentemente, se retiraron las conclusiones, en consonancia con la base teórica utilizada y el análisis realizado a los datos recogidos, presentándose recomendaciones técnicas teniendo en cuenta el proceso de investigación seguido. Una vez llevada a cabo la redacción del trabajo de investigación, tendrá lugar la presentación y defensa de esta tesis doctoral, con vista a la obtención del grado de Doctor en Derecho.

observación es no participativa, dado que el investigador observa el fenómeno de causar un daño a otro que produce efectos reparatorios o compensatorios desde afuera, constituyendo un "actor externo", ya que no participa en las acciones relacionadas con el mismo fenómeno. - Cfr. SOUSA, M. J. y SALES BAPTISTA, C., *Como Fazer Investigação, Dissertações, Teses e Relatórios...*, cit., págs. 70-89.

II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Responsabilidad civil: delimitación y clases

§ 1.º La responsabilidad civil consiste en la obligación de indemnizar o reparar los daños o perjuicios sufridos por otro. Constituye la responsabilidad civil, así, un tipo de obligación basada en el principio de la imputación³, como veremos más adelante⁴. La fuente de la obligación de indemnizar es exclusivamente legal⁵, no pudiendo la doctrina o la jurisprudencia crear situaciones de responsabilidad civil no previstas en la ley, aunque no esté completamente truncada la autonomía privada en este dominio⁶, nominadamente para celebrar pactos excluyentes o de atenuación de la responsabilidad, aunque tales pactos son nulos si contrarías la ley imperativa, la moral o el orden público (art. 1255 del C.C. español). Por lo tanto, la responsabilidad civil nace de la situación jurídica en la que se encuentra una persona que, por fuerza de un determinado suceso en la esfera jurídica de otra (el daño), ve formarse en su esfera jurídica una obligación impuesta por el

³ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Volumen I – *Introdução, da Constituição das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 9.ª Ed., 2010, pág. 291.

⁴ En el punto 2. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** del presente capítulo.

⁵ Los arts. 1902 y 1903 del Código Civil (C.C.) español [Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, con última actualización publicada el 04/08/2018 (Ref. BOE – A – 1889 – 4763)] estipulan que «*las obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas*» y «*las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley*» quedarán sometidas, respectivamente, al Código Penal (C.P.) [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con última actualización publicada el 02/03/2019 (Ref. BOE – A – 1995 – 25444)] y al Código Civil.

⁶ Cfr. ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações – Apontamentos*, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 3.ª Ed., 2010/2011, pág. 69; y ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 12.ª Ed., 2009, págs. 517-520.

Derecho⁷, la obligación de indemnizar⁸. Se habla de indemnizar porque lo que se busca es volver al perjudicado indemne a los daños y perjuicios sufridos, reconstituyendo la situación que existiría si no hubiese ocurrido el evento causador de éstos. La reparación puede ser específica o *in natura*, consistiendo en la restitución del perjudicado a la situación material efectiva en que se encontraba antes de aquel evento⁹; pero, cuando la alternativa *in natura* sea excesivamente gravosa para el causante o no sea posible por la naturaleza del daño, como cuando el mismo no es patrimonial, la reparación que corresponde es la del equivalente pecuniario¹⁰.

§ 2.º Aunque tuvieron un origen común, como veremos más adelante¹¹, la responsabilidad civil se independizó de la responsabilidad penal o criminal¹² en virtud de la diversidad de la finalidad proseguida: la primera visa resarcir patrimonialmente un daño, a través de la indemnización, debido esencialmente a intereses particulares del perjudicado; mientras que esta última tiene en vista punir un crimen, mediante una pena, por razones de defensa social de intereses que, por su importancia, se consideran propios de la colectividad misma. La responsabilidad criminal se asienta en el principio de la tipicidad, presuponiendo normalmente, el dolo. Sin embargo, la responsabilidad civil se basa en una

⁷ El legislador portugués incluyó la responsabilidad civil extracontractual (arts. 483 y sigs.) en el Capítulo II de las Fuentes de Obligaciones, del Título I de las Obligaciones en General, a su vez del Libro II (Derecho de Obligaciones) del Código Civil (C.C.) [aprobado por el Decreto-Ley n.º 47344/66, de 25 de noviembre (publicado en el Diário do Governo n.º 274/1966, Serie I, de 1966-11-25), con última actualización aprobada por la Ley n.º 85/2019, de 3 de septiembre (publicada en el Diário da República n.º 168/2019, Série I, de 2019-09-03), en el sitio de Internet: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>].

⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Volumen, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1986 (Reimpresión de la Ed. de 1980), págs. 258-259.

⁹ GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 7.ª Ed., 1997, pág. 208.

¹⁰ VICENTE DOMINGO, E., "El Daño", en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 401.

¹¹ En el punto 3. Evolución histórica del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹² Al lado de estas dos formas de responsabilidad, existen otras, como la responsabilidad administrativa, la disciplinaria o la fiscal, según la naturaleza del deber violado.

cláusula general y no presupone siempre el dolo, siendo por norma suficiente la simple culpa (arts. 1101 y 1902 C.C.), aunque pueda haber en ciertos casos responsabilidad sin culpa. No obstante, el mismo hecho puede generar ambas formas de responsabilidad, por lo que ellas no se excluyen mutuamente¹³. Los artículos 1902 y 1903 del C.C. español distinguen, respectivamente, la responsabilidad civil conexa con la criminal («*las obligaciones civiles que nazcan de delitos*»), con independencia de si la conducta se puede configurar o no como defectuoso cumplimiento de un contrato), que se regirá por el Código Penal (arts. 109 a 122), de la responsabilidad civil “pura” (las obligaciones «*que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley*»), la cual quedará sometida al Código Civil. El C.C. portugués no efectúa esta distinción, pero ella resulta de las disposiciones de otros diplomas legales, como el Código Penal (C.P.) portugués¹⁴, que remite la responsabilidad civil emergente de delito criminal para la lei civil (en su art. 129), pero consagra reglas especiales para la indemnización del perjudicado (en su art. 130).

§ 3.º La expresión “responsabilidad” corresponde a la idea general de responder o prestar cuentas, la cual puede asumir una de dos modalidades distintas, en lo que toca a la responsabilidad civil: por un lado, la susceptibilidad de imputar, desde un punto de vista ético-jurídico, determinada conducta y sus consecuencias al agente; y, por otro, la posibilidad, vista desde una perspectiva de hecho, de sujetar alguien a las consecuencias de un determinado comportamiento. En el primer sentido, la imputación de la conducta al agente se hace según un criterio ético-jurídico (la culpa), siendo necesario para que haya responsabilidad que el agente sea racional y libre, así como proceda en el uso

¹³ Véanse, a este respecto, ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 70-71; GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 209-210; MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 268-271; y ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 521-522.

¹⁴ Aprobado por el Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de marzo (publicado en el Diário da República n.º 63/1995, Serie I-A, de 1995-03-15), con última actualización aprobada por la Ley n.º 58/2020, de 31 de agosto (publicada en el Diário da República n.º 169/2020, Série I, de 2020-08-31), en el sitio de Internet: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/p/cons/20200831/pt/html>.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de sus plenas facultades, es decir, sea imputable¹⁵. En el segundo sentido, la atribución de las consecuencias dañosas de determinado comportamiento a una persona tiene un carácter acentuadamente económico o fáctico. La responsabilidad, en el primer sentido, arrastra a la responsabilidad en el segundo: quien, siendo imputable, tiene una conducta que cause daños y perjuicios a otro, por culpa suya (según el criterio de imputación ético-jurídico), debe soportar esos mismos daños y perjuicios, indemnizando el perjudicado. En este caso, se habla en responsabilidad subjetiva o por culpa. Pero puede suceder que una persona tenga que soportar los daños y perjuicios de una conducta que no le es imputable según el criterio ético-jurídico, por la cual no sería responsable en el primer sentido, en cuyo caso se habla de “responsabilidad” en el segundo sentido o, por oposición a la anterior, “responsabilidad objetiva”¹⁶. En suma, la responsabilidad subjetiva supone un hecho culposo por parte del causante del daño; mientras que, en la responsabilidad objetiva, el daño ocurre independientemente de la culpa del responsable por él¹⁷. Por ello, el elemento diferenciador entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva es, sobre todo, la culpa¹⁸.

¹⁵ La imputación por culpa se realiza mediante dos juicios: el de previsibilidad y el de evitabilidad. Según el juicio de previsibilidad, existe culpa no sólo cuando el sujeto que ocasionó el daño debió prever que éste se derivaría de una determinada conducta, sino también cuando debió antever el acaecimiento de un suceso dañoso, por las reglas de la experiencia humana ordinaria, o aun cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias. Para ello, es necesario atender fundamentalmente a la edad, madurez y capacidad mental del sujeto eventualmente responsable (se llama “inimputable” a la persona que no supera el test de previsibilidad, sea en el caso concreto, sea de forma genérica). Pero para que pueda hablarse de culpa, es preciso no apenas que el sujeto haya previsto un determinado resultado, sino que debe efectuarse, además, un juicio de evitabilidad, es decir, constatar que el sujeto disponía de los medios necesarios para impedir ese resultado, y no lo hizo, o que recaía sobre él un deber de evitarlo en el caso particular, sin que lo hubiera hecho. - Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 301-305.

¹⁶ Cfr. PESSOA JORGE, F., *Lições de Direito das Obrigações*, 1.º Vol., Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1975/76, págs. 496-498.

¹⁷ Véanse, a este respecto, ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 71-72; y MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 271-272.

¹⁸ Culpa en sentido lato, abarcando el dolo y la simple culpa o culpa en sentido estricto, también llamada negligencia (cfr. MENEZES CORDEIRO, A., en *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., pág. 271).

§ 4.º La tendencia generalizada entre la doctrina y las legislaciones continentales europeas, de nuestra familia del Derecho de tradición romanista, ha sido en el sentido de filiarse la responsabilidad civil en el presupuesto de la culpa del causante del daño¹⁹. De los daños que cada uno sufra en su esfera jurídica, sólo le será posible resarcirse a costa de otro cuanto a aquellos que, procediendo de hecho ilícito o antijurídico, sean imputables a la conducta culposa del otro. Los restantes, que provengan de caso fortuito o de fuerza mayor, que sean causados sin culpa por parte de su autor, ante la imposibilidad del Estado dar cobertura a todos ellos, tendrán de soportarlos el titular de los bienes o derechos perjudicados, según la teoría de la culpa. Se trata de una especie de precio que cada uno tiene que pagar por estar en este mundo o vivir en sociedad o de un tributo que la vida cobra a cada ciudadano en el seno de la colectividad en que se insiere. Es, en fin, la idea de que los individuos responden por los hechos que dependen de su voluntad y que podrían o deberían haber prevenido y no por las contingencias del azar o por la fatalidad del infortunio²⁰.

§ 5.º Sin embargo, la teoría de la culpa no es capaz de dar respuesta a las necesidades sociales de seguridad de largos e importantes sectores de la vida. Una de las primeras reacciones al principio de la culpa la encontramos en la tesis de Exner, la cual, aunque formulada pensando en la responsabilidad *ex recepto* de las compañías de ferrocarril, se puede perfectamente aplicar a la responsabilidad civil extracontractual en su conjunto. Para Exner, el fundamento de aquella responsabilidad no residía tanto en el hecho de que se tratara de una actividad de riesgo, cuanto en la situación en que se encontraban cada una de las partes en lo ateniende a la obtención de las pruebas sobre la forma y circunstancias en que acaeció el evento dañoso. En este extremo, la posición del perjudicado es mucho menos favorable que la del empresario, por lo que éste

¹⁹ Así sucede en los arts. 1101 y 1902 del C.C. español y en los arts. 483.1 y 798 del C.C. portugués.

²⁰ ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 10.ª Ed., 2003, págs. 653-654.

debe responder siempre que el hecho haya ocurrido en el marco de su actividad, o sea, en el “interior” de su empresa²¹. Esta tesis presenta el inconveniente de no estar completamente despojada de la idea de culpa. La responsabilidad del empresario se basa, no en una presunción de culpa, sino de que su situación respecto a las pruebas impide al perjudicado obtener las necesarias para acreditar la negligencia del transportista.²²

§ 6.º La doctrina buscó, por tanto, un nuevo fundamento que justificara la implantación de un sistema objetivo de responsabilidad en ciertos sectores de la actividad económica, hallándose en el hoy ya clásico de la teoría utilitaria, sustentada en el principio romano de justicia distributiva «*ubi est emolumentum ibi est onus esse debet*»²³, según el cual aquel que emprende una actividad generadora de riesgos para terceros, con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin culpa suya. De esta forma, el principio del beneficio-riesgo gravitó desde su nacimiento sobre un ámbito de influencia muy bien delimitado: tan sólo era posible invocarlo allí donde la actividad generadora de riesgos era susceptible de reportar beneficios para su titular. Por ello, la idea de riesgo-provecho carece de la suficiente *vis attractiva* como para constituir el fundamento de la implementación de la responsabilidad objetiva en otras actividades que no sean las profesionales o las propias de la explotación empresarial.²⁴

§ 7.º De otro lado, con el desarrollo del seguro de responsabilidad civil y de los seguros patronales²⁵, la idea de riesgo-provecho también ha perdido buena parte de su significado tradicional, pues según este principio las

²¹ Una manifestación de esta tesis la encontramos en la doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba (véase INFANTE RUIZ, F. J., “La reforma del derecho de daños en Alemania”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 11, 2003, págs. 131 y sigs.).

²² REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 279-281.

²³ También conocido como «*cuius commoda, eius incommoda*».

²⁴ REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 281-282.

²⁵ Sobre la ampliación de la responsabilidad objetiva a actividades también consideradas peligrosas, aplicando el mismo criterio de justicia distributiva, ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 658.

indemnizaciones o las primas del seguro satisfechas por los empresarios habrían de imputarse a su cuenta de pérdidas y ganancias, es decir, habrían de ser directamente deducidas de los beneficios obtenidos en la explotación de la empresa. Las primas de los seguros son costes que el empresario repercute en el precio final del bien o servicio objeto de su actividad. El coste de los daños derivados de la explotación de una determinada actividad empresarial y/o profesional se distribuye, así, entre todos los consumidores y usuarios de los bienes y servicios producidos o prestados por el conjunto de empresas dedicadas a dicha actividad y se cuenta como un elemento más a la hora de determinar su rentabilidad. De este modo, el fundamento de la responsabilidad objetiva no sólo reside en su función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino también en la de hacer socialmente soportable el coste de reparación del daño a través de una amplia redistribución del mismo (lo que se llama Socialización del riesgo). Así que es el empresario quien debe soportar el riesgo, por sí inculpable, derivado de la actividad de su empresa, no tanto por ser el beneficiado de tal actividad, sino por ser quien está en mejor situación para afrontarlo económicamente, asegurándose contra las posibles consecuencias dañosas de su explotación o proveyendo directamente a destinar partidas económicas para el resarcimiento de los daños, mediante la repercusión de su coste en el precio de los bienes y servicios.²⁶

§ 8.º Como hemos visto, en la responsabilidad objetiva, el daño ocurre independientemente de culpa de la persona obligada a repararlo²⁷. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la responsabilidad objetiva se asienta en diversos fundamentos con un denominador común: la no exigencia de culpa en la conducta del responsable, lo que no significa que el responsable no pueda tener culpa, sino que la responsabilidad no asienta en esa culpa,

²⁶ REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 282-285.

²⁷ La responsabilidad independientemente de culpa es excepcional, sólo está permitida en los casos especificados en la ley – así lo dice expresamente el art. 483/2 del C.C. portugués y, por su parte, el C.C. español propugna la responsabilidad subjetiva, salvo en casos específicos (de los arts. 1905 a 1910).

pretendiéndose así salvaguardar la posibilidad de haber responsabilidad sin culpa del responsable²⁸. Así, el sistema dicho de responsabilidad objetiva se configura como un género que cuenta con diferentes categorías. La responsabilidad por riesgo²⁹ representa la más importante y extensa categoría de la responsabilidad objetiva: aquél que ejerza una actividad que implique peligros especiales debe responder por los daños que ocasione a terceros³⁰, independientemente de su culpa³¹. No obstante, las situaciones que dan origen a la responsabilidad objetiva también pueden referirse a la llamada responsabilidad por hechos lícitos o por sacrificio, la cual ocurre siempre que, de la práctica de una actividad humana permitida, surjan daños que el Derecho obligue a reparar como compensación por el sacrificio de un bien o derecho considerado inferior, derivado de la práctica de esa actividad, como ocurre en los supuestos de estado de necesidad (cfr. arts. 20 y 118 del C.P. español)³². Para este tipo de responsabilidad, la voluntad humana es, como tal, jurídicamente

²⁸ Se ha criticado la tesis de que la concurrencia de un solo elemento (la culpa) sea suficiente para verificar si estamos o no ante responsabilidad objetiva. Como alternativa a esta idea, se proponen otros criterios para calificar un determinado sistema de responsabilidad como objetivo: la responsabilidad sin culpa ha de fundarse en una prohibición inflexible que reprime un resultado dañoso; en la responsabilidad sin culpa la causalidad es un elemento meramente fáctico (*test factuel*) que no toma en cuenta más que los actos positivos, pero no las omisiones del responsable; y, por último, la responsabilidad sin culpa está caracterizada por la reducción del número y del alcance de los medios de defensa (cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 308-309).

²⁹ La responsabilidad por riesgo está prevista en los arts. 499 y siguientes del C.C. portugués. Los autores españoles califican de diversas formas las normas del respectivo C.C. que instituyen una responsabilidad de carácter objetivo y que tienen su origen en las acciones noxales del Derecho Romano (arts. 1905 a 1910): Santos Briz habla expresamente, refiriéndose al art. 1907, de “responsabilidad por riesgo” (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil – Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 4.ª Ed., 1986, págs. 564-565), mientras que Ángel Yagüez denomina la casuística de los arts. 1905 a 1910 como “situaciones de responsabilidad por actividades peligrosas” (en ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, págs. 79-87). No obstante, varios sectores de actividad, como, por ejemplo, la circulación de vehículos a motor, considerados casos sujetos a responsabilidad por riesgo, están regulados fuera del C.C. español (lo que también sucede en la legislación portuguesa).

³⁰ Fíjese que, tal como señala Larenz, es indiferente que los daños que haya que indemnizar resulten de una actividad ilícita o no (cfr. RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 2).

³¹ ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 612-613.

³² La responsabilidad por sacrificio no está genéricamente prevista en la ley civil, siendo el estado de necesidad un ejemplo paradigmático (véase el § 34.º del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

irrelevante; por lo que ésta no puede ser considerada como una forma voluntaria de constituir obligaciones. Podemos englobar, en la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por sacrificio junto con la responsabilidad por riesgo, dado que ambos casos se aprecia la ausencia de culpa del responsable³³; sin perjuicio de otros supuestos como el de la responsabilidad patrimonial de la administración.

§ 9.º Como veremos mas adelante³⁴, ya desde el Derecho romano se distinguen las obligaciones que nacen de un contrato de las que proceden de un delito o hecho ilícito. Por ello es importante diferenciar, dentro de la responsabilidad civil, la responsabilidad contractual y la extracontractual³⁵. En el primer caso, la obligación de indemnizar deriva del incumplimiento o del cumplimiento inexacto o parcial de una obligación previamente constituida por la ley, negocio jurídico unilateral, contrato o cuasicontrato – se denomina responsabilidad contractual, negocial u obligacional³⁶. En el segundo caso, la obligación de indemnizar surge de un hecho ilícito o antijurídico y dañoso por parte de su causante que supone la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos, o de un hecho que, aunque lícito, cause perjuicios a otro (con carácter general, se puede decir que la obligación de indemnizar surge de la violación del deber jurídico de «no dañar a otro», sin existir otra obligación previa³⁷) – se designa responsabilidad extracontractual, extranegocial o

³³ MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., pág. 273.

³⁴ En el punto 3. Evolución histórica del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

³⁵ Véanse, a este respecto, MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 273-276; MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II – *Direito das Obrigações*, Tomo III – *Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 387 y sigs.; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 539 y sigs.; y REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidade Civil*, cit., págs. 159 y sigs.

³⁶ Los artículos correspondientes de los C.C (aquí, en especial, del español y del portugués), aunque pensados, sobre todo, para las obligaciones de naturaleza contractual (por lo que se le llama a ésta usualmente responsabilidad contractual), instituyen el régimen genérico de la responsabilidad obligacional, dado que se deriva de una obligación previamente constituida por la ley, negocio jurídico unilateral, contrato o cuasicontrato, denominándose también responsabilidad negocial.

³⁷ La responsabilidad extracontractual es residual con relación a la responsabilidad contractual, por lo que la contraposición entre ambos tipos de responsabilidad no se trata de una clasificación geométrica, sino de una ordenación de tipos (véase, a este respecto, el cap. IV – ÁMBITO DE

extraobligacional, delictual o aquiliana³⁸. En virtud de esta distinción histórica³⁹, la mayor parte de los Códigos Civiles establece un régimen jurídico diferente para cada uno de estos tipos de responsabilidad⁴⁰, como corolario más de la tradición histórica que de una respuesta racional a las necesidades de justicia – como veremos más adelante.

§ 10.º Tradicionalmente, en la estela de Larenz, la doctrina distingue la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual no solo por tener como fuente situaciones jurídicas diversas, sino también una diferente naturaleza jurídica. Así, se afirma que la responsabilidad extracontractual generaría deberes primarios de prestación y, consecuentemente, a través de ella surge por primera vez una relación obligacional legal. Por el contrario, la responsabilidad contractual no generaría deberes primarios de prestación, sino tan sólo deberes secundarios, dado que tiene como presupuesto una obligación preexistente, de la cual la obligación de indemnizar sería una sustituta o un equivalente⁴¹. Esto es muy discutible, ya que una cosa es el cumplimiento de la obligación preexistente, mediante el mecanismo de la acción de cumplimiento (en forma específica o por equivalente: el valor de la prestación), que sí es

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRAContractual).

³⁸ Este tipo de responsabilidad se designa, por oposición a la responsabilidad contractual, negocial u obligacional, responsabilidad extracontractual, extranegocial o extraobligacional; así como delictual, porque puede proceder de un delito o hecho ilícito dañoso, o aquiliana, una vez que históricamente es la descendiente directa de la *Lex Aquilia de damno*.

³⁹ La responsabilidad contractual, como sanción por el no cumplimiento de obligaciones, tiene su origen en la Ley de las XII Tablas, mientras que la responsabilidad extracontractual, en cuanto compensación por los daños causados por un delito, desciende directamente de la *Lex Aquilia de damno*; pero esta distinción fue firmada por la codificación francesa – tal y como veremos en el punto 3. Evolución histórica, del presente capítulo.

⁴⁰ La responsabilidad contractual se regula por los arts. 1101 y sigs. del C.C. español y por los arts. 798 y sigs. del C.C. portugués; en lo concerniente a la responsabilidad extracontractual, está previsto en los arts. 1902 y sigs. del C.C. español y en los arts. 483 y sigs. del C.C. portugués. Si bien que este último dio un tratamiento unitario a la obligación de indemnizar resultante de ambos tipos de responsabilidad, en sus arts. 562 y sigs..

⁴¹ Han entendido, en Portugal, que la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen naturaleza diversa: Antunes Varela [en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 537-538] y Galvão Telles [en GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 213-214].

sustituto; y otra cosa es la obligación de indemnización, que busca reparar los daños y perjuicios causados a intereses distintos del propio cumplimiento⁴². Otra parte de la doctrina defiende la naturaleza unitaria de la responsabilidad civil. En este extremo, la doctrina portuguesa, seguida en la Facultad de Derecho de Lisboa⁴³, entiende que la obligación de indemnizar, en caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío, no se identifica con la obligación inicialmente violada, ya que presenta un fundamento distinto: el principio del resarcimiento de daños y perjuicios, de esta vez resultantes de la lesión del derecho de crédito. La responsabilidad contractual debe ser considerada, así, como una nueva obligación, a semejanza de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual, y no apenas como una modificación de la obligación inicialmente constituida. Su especificidad resulta de la circunstancia de ser su fuente la frustración ilícita de un derecho de crédito, el cual estaba primariamente tutelado a través de la acción de cumplimiento. Sin embargo, el deber de prestar violado no se confunde con el deber de indemnizar originado en consecuencia de esa violación.⁴⁴

§ 11.º El debate no es de hoy, se verifica vigorosamente desde finales del siglo XIX, pero estamos de acuerdo con la solución a que ha llegado la mayoría de la doctrina: la responsabilidad civil es unitaria por naturaleza y dualista en su régimen jurídico. En efecto, no se trata de que en la responsabilidad contractual

⁴² Véase el ejemplo de la falta de entrega de la máquina de café en una cafetería, que causa el perjuicio consistente en el lucro cesante por los cafés que no se venden. Para procurar el cumplimiento (la entrega de la máquina de café), hay que plantear una acción de cumplimiento, lo que ocurre es que, cuando no es posible el cumplimiento en forma específica, se solicita el cumplimiento por equivalente (el valor de la máquina), más la indemnización por daños y perjuicios, hablándose genéricamente de “indemnización”, pero se tratan de dos cosas distintas: el valor de la prestación («*aestimatio rei*») y la indemnización («*id quod interest*»).

⁴³ Defendida por Pessoa Jorge [en PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1968, págs. 40-41]; Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 293-295]; Santos Júnior [en SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010, págs. 277-281]; y Menezes Cordeiro [en MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 262 y sigs.], aunque este último autor haya abandonado esta posición en *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 387 y sigs.

⁴⁴ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 293-295.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

lo que esté en causa sea una modificación de la obligación inicialmente constituida y en la responsabilidad extracontractual una contravención del principio «*alterum non laedere*»; sino que lo que está en causa en ambas es la inobservancia del deber de «no causar daño a los demás». En la primera, por la lesión de un derecho de crédito y, en la segunda, a través de la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos. Es decir, lo que está por detrás tanto de una como de otra es el principio de la imputación y del resarcimiento de daños y perjuicios⁴⁵, dado que sin daños y perjuicios no hay imputación, constituyendo éstos los dos elementos esenciales de la responsabilidad civil⁴⁶. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o extracontractual. La distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no es más que una cuestión de índole casi exclusivamente dogmática, con un alto contenido teorizante, pero sin mayor incidencia práctica – como ha sido tradicionalmente la opinión dominante en la doctrina francesa⁴⁷. Efectivamente, ambos tipos de responsabilidad están pensados para un mismo fenómeno: el resarcimiento de daños. En la práctica, la responsabilidad contractual tiene como presupuesto la existencia de una relación obligatoria previa entre el dañante y el dañado que atribuye a éste un derecho de crédito que ha quedado insatisfecho; en la responsabilidad extracontractual, ninguna relación obligatoria previa conecta el responsable al

⁴⁵ De hecho, tanto los artículos 1101 y 1902 del C.C. español como los artículos 798 y 483.1 del C.C. portugués requieren la causación de daños y perjuicios para que el responsable quede sujeto a responsabilidad contractual o extracontractual, respectivamente.

⁴⁶ El mismo Menezes Cordeiro, que abandonó la defensa de la naturaleza unitaria de la responsabilidad civil, afirma [en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 432] que los presupuestos generales de la responsabilidad son, verdaderamente, el daño y la imputación (del daño).

⁴⁷ Cfr. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Traducción de la 5.ª Edición por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1977, págs. 102 y sigs; y PLANIOL, M., y RIPERT, G., “*Traité pratique de droit civil français*”, Tomo VI: Obligations, 2.ª parte, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, 2.ª Ed., pág. 660.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

perjudicado o, preexistiendo ésta, el daño se halla por completo ajeno al ámbito que le es propio.⁴⁸

§ 12.º Finalmente, hay quien dice que la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no está en su diferente naturaleza jurídica, sino en la diferente naturaleza del derecho o posición violados: la primera resulta de la infracción de un derecho subjetivo relativo (el derecho de crédito u obligación en sentido técnico), siendo que, por oposición, la segunda deriva de la violación de derechos absolutos⁴⁹.

§ 13.º La responsabilidad subjetiva o por culpa es la regla tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual⁵⁰, denominada responsabilidad por hechos ilícitos, en el C.C. portugués (artículos 483 y siguientes), y puede tratarse de una responsabilidad por actos o hechos propios (artículo 1902 del C.C.), cuando el daño es causado directamente por la conducta de la persona responsable, o de una responsabilidad por hechos ajenos (artículos 1903 y 1094 del C.C.), cuando el daño es causado por persona diferente de la que tiene el deber de responder⁵¹. La responsabilidad objetiva o independiente de culpa es excepcional, como hemos visto más arriba, pero

⁴⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 159 y 166.

⁴⁹ MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 294; ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 73; ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 539; y ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 539-540.

⁵⁰ Tal y como se puede verificar tanto en los artículos 1101 (responsabilidad contractual) y 1902 (responsabilidad extracontractual) del C.C. español, como en los artículos 798 (responsabilidad contractual) y 483.1 (responsabilidad extracontractual) del C.C. portugués.

⁵¹ Según la doctrina tradicional española, la presunta responsabilidad por hechos ajenos es una forma más de responsabilidad por culpa propia, pues si una persona responde por los daños producidos por su hijo menor de edad o por su dependiente (por ejemplo) es porque ha incurrido en negligencia en la educación o vigilancia del menor o en la elección del empleado o supervisión de su conducta. Así, en la perspectiva de la teoría de la culpa, se afirma que la responsabilidad por actos propios y la responsabilidad por hecho ajeno constituyen una única responsabilidad por negligencia del responsable. - Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 43.

ocurre tanto en el dominio de la responsabilidad extracontractual⁵², como en el dominio de la responsabilidad contractual⁵³.

§ 14.º Como se puede constatar, los términos empleados para denominar los diversos tipos de responsabilidad civil no siempre son los más lógicos y correctos, sino que son susceptibles de varias críticas que no importa aquí destacar. Sin embargo, se utiliza normalmente la terminología tradicional y corriente (responsabilidad subjetiva/objetiva y responsabilidad contractual/extracontractual), salvo si otra expresión resulta más acertada según los aspectos que se pretendan señalar en función del contexto. En cualquier caso, como ya hemos indicado, el instituto de la responsabilidad civil implica que el sujeto responsable que ha causado un daño queda sujeto a la obligación de indemnizar otro (el perjudicado)⁵⁴.

2. Imputación y resarcimiento de daños y perjuicios

§ 15.º El «no causar daño a los demás» era ya considerado por los juristas romanos como una de las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al «vivir honestamente» y al «dar a cada uno lo suyo». La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica: el autor del daño responde de él, esto es, se halla sujeto a responsabilidad y, en principio, la responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar o resarcir los daños y perjuicios causados a la víctima⁵⁵.

⁵² En este caso, el C.C. portugués la denomina responsabilidad por riesgo y está prevista en sus artículos 499 y siguientes, mientras que el C.C. español establece una responsabilidad de carácter objetivo en sus artículos 1905 a 1910; así como está regulada fuera de ambos C.C.

⁵³ La responsabilidad objetiva no está restringida al ámbito extracontractual, sino que puede del mismo modo ocurrir en el ámbito contractual, tanto en consecuencia de cláusulas sobre riesgo, como derivada de la ley (por ejemplo, de los artículos 800 y 807/1 del C.C. portugués).

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 288.

⁵⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 9.

§ 16.º De hecho, los daños y perjuicios consisten, según una concepción natural, en la supresión o disminución de una situación favorable. La regla general, en Derecho, es la de que cada uno corre el riesgo de ver suprimidas las ventajas que antes le cabrían; sea por motivos prácticos, ya que corresponde a la naturaleza de las cosas («*casum sentit Dominus*», «*res perit domino*», «*the loss lies where it falls*») y facilita una solución rápida y eficaz para su problemática, sea por motivos valorativos, una vez que, normalmente, es la solución más justa, pues cualquier daño presupone la previa atribución de una ventaja y hacer correr el riesgo por quien no haya tenido el beneficio de dicha ventaja sería una injusticia. Es decir, quien tiene la ventaja tiene que soportar la desventaja. No obstante, esta regla general se ve desviada, en situaciones particulares, por diversas normas jurídicas que obligan a la imputación o atribución de los daños y perjuicios a esferas distintas de las donde estos ocurran⁵⁶, por respeto al principio de la imputación y del resarcimiento de daños y perjuicios. Surge aquí la responsabilidad civil, en la que la transferencia de daños y perjuicios de la víctima a otro opera mediante la obligación de indemnizar, a través de la cual se debe reconstituir la situación que existiría si no hubiese ocurrido el evento dañoso⁵⁷.

§ 17.º Existen varias categorías de daños, pero podemos vislumbrar, como se deduce de lo ya dicho, que hay dos grandes grupos de actos dañosos: los que derivan del incumplimiento de una obligación y los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima. En el primer caso, se tratan de daños contractuales, en los que el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido. Un contrato, por ejemplo, engendra

⁵⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil, Volumen I – Introdução, Fontes de Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral*, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2012, págs. 979-981.

⁵⁷ MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 51.

obligaciones para todos o alguno de los contratantes: si uno de ellos incumple las obligaciones que le incumben o las cumple de forma defectuosa o tardíamente, queda obligado a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que eventualmente le hubiera ocasionado; surgiendo así la responsabilidad contractual. En el segundo caso, estamos ante daños extracontractuales, en los que la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia. Ejemplo típico sería el del automovilista que atropella a un peatón, lesionándolo; o el del empresario que causa daños a animales que pastan en terrenos vecinos a su factoría, por emanaciones de un gas tóxico; o el de quien por descuido deja abierto un grifo de su vivienda, produciendo una inundación en la del piso inferior. Éstos y tantos otros supuestos engendran la llamada, por contraposición a la anterior, responsabilidad extracontractual⁵⁸.

§ 18.º La imputación de daños y perjuicios ocurre cuando la ley considera que existe no solo un daño injusto para la víctima, sino también una razón de justicia que justifica que ese mismo daño sea transferido para otro, a través del instituto jurídico de la responsabilidad civil. Históricamente, desde el antiguo Derecho romano, la única imputación que podría servir de base a la responsabilidad civil consistía en la culpa del dañador, siendo que la víctima no tenía derecho a indemnización si no demostraba la culpa de aquél. Sin embargo, el rigor del régimen jurídico ha sido atenuado presumiéndose, en distintas circunstancias, la culpa del dañador, por lo que la víctima queda dispensada de la carga de la prueba. Con la Revolución Industrial y las consecuencias económico-sociales de ella derivadas, se fue desarrollando la idea de que, prescindiendo de la culpa, la imputación podría asentarse simplemente en la creación de riesgos específicos de los que otro saca provecho o puede controlar, teniendo que indemnizar los daños y perjuicios generados en su esfera de

⁵⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 9.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

riesgos. Surge así la responsabilidad por riesgo, en la que se encuadran, entre otras, la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, por daños ambientales o causados por accidentes de trabajo⁵⁹.

§ 19.º La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil por daños y perjuicios es de naturaleza reparatorio-compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación⁶⁰. En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventivo-punitiva, sin detrimento de que esta función desempeñe un papel secundario o complementario. Así sucede, generalmente, en el Derecho español⁶¹ y portugués y en los Derechos europeos

⁵⁹ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 51-52.

⁶⁰ Plantean muchas dudas las reclamaciones en que el actor solicita una suma simbólica o «*nummo uno*», postura que convierte la decisión judicial en meramente declarativa [como sucede a menudo en acciones indemnizatorias de daños a los derechos de la personalidad, como la resuelta por la S.T.S de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1250), que fija la suma de una peseta como indemnización por la difamación sufrida por un médico abortista a través de una carta injuriosa publicada en un diario]. Este tipo de resoluciones, que no son infrecuentes en el mundo anglosajón, en el que el *Law of Torts* reconoce los *nominal damages* (concediendo una suma insignificante cuando haya existido un ilícito civil pero no se ha producido un daño que deba ser indemnizado), junto a los *compensatory damages* (otorgando una indemnización compensatoria que pretende colocar a la víctima en una posición análoga a la que se daría de no haber mediado acto ilícito), complican el panorama, al introducir por la puerta de atrás una desconocida en el Derecho de daños español: la de servir, más allá de los fines resarcitorios, como vía indirecta de simple reconocimiento de derechos. Por ello, no extraña que se pueda leer en la S.T.S de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9886), dictada para resolver un caso de reclamación de seis pesetas (una por interesado), que faltaba el interés jurídicamente protegido, y que el Tribunal Constitucional español haya declarado inadmisibles las condenas simbólicas en la S.T.C 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12) y en la S.T.C 186/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 186). Como señala Martín Casals, «si no hay indemnización es porque no hay daño en sentido jurídico del que se deba responder; si hay daño, y no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización. (...) La indemnización simbólica o «*nummo uno*» no es propiamente una indemnización (pues) del mismo modo que una suma simbólica no puede servir de sustento a la causa onerosa y convertir una donación en venta, tampoco el «*nummo uno*» puede convertir en indemnización lo que es simplemente el reconocimiento de un derecho» (cfr. MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1264 y sigs.).

⁶¹ Buena parte de la doctrina española [formada por DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 44 y sigs.; MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», cit., págs. 1256 y sigs.; y PANTALEÓN PRIETO, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de Administraciones Públicas)», en *ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (A.F.D.U.A.M.)*, *La responsabilidad en el Derecho*, N.º

continentales. En realidad, la inconsistencia de la función exclusivamente reparatorio-compensatoria de la responsabilidad civil se comprueba por el reconocimiento de que es justo atribuir una cuantía a la víctima por daños no patrimoniales, a pesar de que éstos no sean susceptibles de evaluación económica. Los primeros argumentos en defensa de la atribución de un importe pecuniario a la víctima, a título de daños no patrimoniales, se basaron en la necesidad de compensarla. Posteriormente, ante la imposibilidad de determinarse la cuantía compensatoria de los daños no patrimoniales sufridos por la víctima, recurriendo al criterio clásico de la disminución del valor del patrimonio de la víctima, la doctrina empezó a admitir criterios que ya no tenían que ver con la víctima o el daño, sino con el dañador o su grado de culpa. De este modo, se inició una discusión en torno a la función reparatorio-compensatoria de la responsabilidad civil, que colmó con la reflexión sobre su función preventivo-punitiva, por la aparición de “nuevos” daños, al final del siglo XX. Efectivamente, surgieron daños cuya determinación y cuantificación se volvió bastante compleja, si no imposible, en virtud de su larga extensión (por ejemplo, los daños ambientales). La amplia difusión de este tipo de daños se refleja en la incertidumbre de la identificación de las víctimas, por ello se atribuye legitimación procesal activa a las asociaciones y fundaciones defensoras del

4, 2000, págs. 167 y sigs.] rechaza una eventual adopción, con carácter general, de los daños punitivos en su ordenamiento jurídico [aunque ellos encuentren ya una clara expresión, por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Ref. BOE – A – 2015 – 11724), en cuyo art. 123 se contienen gran parte de los elementos que conforman esta figura], sobre todo con el argumento de que su imposición pueda dar lugar a un enriquecimiento injustificado de la víctima. Sin embargo, no faltan autores que consideran admisible la aceptación de los «*punitive damages*» en el Derecho español (bien en su estado puro, bien bajo la fórmula de los «*multiple damages*»), con las necesarias cautelas y sometida a rigurosos mecanismos de control, lo que coadyuvaría a dotar a la responsabilidad civil de una más eficaz función disuasoria [cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 81 y sigs.; SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, en *ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID* (A.F.D.U.A.M.), *La responsabilidad en el Derecho*, N.º 4, 2000, págs. 139 y sigs.; PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y Derecho de danos*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 88 y sigs.; y PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, págs. 197 y sigs.].

medio ambiente⁶², siendo que el coste social de estos daños será casi siempre superior a la lesión sufrida por cada víctima individualmente considerada⁶³.

§ 20.º Cuando el Derecho no concede la eliminación de los daños y perjuicios sufridos, la reacción contra la injusticia del daño sólo se puede realizar mediante actuaciones espontáneas de solidaridad social, resultantes de iniciativas de la sociedad civil o de la decisión política del Estado, como sucede en España con las ayudas y subvenciones a víctimas de actos terroristas⁶⁴, en caso de determinados siniestros o catástrofes⁶⁵, a entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear⁶⁶ o a entidades u organizaciones para la atención a las víctimas de accidentes de tráfico⁶⁷.

§ 21.º En el Derecho actual, los títulos de imputación de daños y perjuicios pueden clasificarse en tres categorías: imputación por culpa, imputación por riesgo e imputación por sacrificio.

⁶² El art. 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), con última actualización publicada el 19/09/2020 (Ref. BOE – A – 2000 – 323), atribuye legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, a través de acciones colectivas, a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, siendo aplicable la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, con última actualización publicada el 22/09/2015 (Ref. BOE – A – 2007 – 18475), para exigir responsabilidad por los daños ambientales.

⁶³ Cfr. MEIRA LOURENÇO, P., *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 17-18.

⁶⁴ Por la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (Ref. BOE-A-2011-15039), con última actualización publicada el 06/10/2015.

⁶⁵ Véase el Real Decreto-ley 11/2019, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los daños causados por temporales y otras situaciones catastróficas (Ref. BOE-A-2019-13409), y el Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión (Ref. BOE-A-2005-4573), con última actualización publicada el 26/01/2019.

⁶⁶ Por la Orden INT/1005/2018, de 20 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades locales adscritas a los Planes de Emergencia Nuclear (*BOE núm.237, de 1 de octubre*).

⁶⁷ Por la Resolución de 1 de junio de 2020, de la Dirección General de Tráfico, por la que se publica la convocatoria para la concesión de ayudas destinadas a programas a desarrollar por entidades u organizaciones sin ánimo de lucro, cuyo objeto primordial sea la atención, defensa o representación de las víctimas de accidentes de tráfico (*BOE núm. 158, de 5 de junio*).

§ 22.º La imputación por culpa consiste en la imputación de los daños sufridos por alguien a la esfera jurídica de otro con base en la idea de culpa. Esta imputación se realiza mediante dos juicios: el de previsibilidad y el de evitabilidad. Según el juicio de previsibilidad, existe culpa no simplemente cuando el sujeto que ocasionó el daño debió prever que éste se derivaría de una determinada conducta, sino también cuando debió antever el acaecimiento de un suceso dañoso, por las reglas de la experiencia humana ordinaria, o aun cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias. Pero, para que pueda hablarse de culpa, es preciso no sólo que el sujeto haya previsto un determinado resultado, sino además efectuar un juicio de evitabilidad, o sea, constatar que el sujeto disponía de los medios necesarios para impedir ese resultado, y no lo hizo, o que recaía sobre él un deber de evitarlo en el caso particular, sin que lo hubiera hecho.⁶⁸ Esta previsibilidad del resultado en la culpa civil, a diferencia de la culpa penal medida en función de la capacidad intelectual propia del agente, se basa en una previsibilidad media, que se somete a la medida general de la diligencia de un «buen padre de familia», cuando la obligación no exprese otra cosa (cfr. a los artículos 1104.2 del C.C. español y 487.2 del C.C. portugués), atendiendo a un criterio objetivo y abstracto: exigible según «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (como indica el citado artículo del C.C. español). En este ordenamiento jurídico, el juicio de previsibilidad se ha venido sustituyendo paulatinamente por los denominados «criterios de imputación objetiva», que constituyen una nueva versión más precisa y elaborada dogmáticamente del viejo test de previsibilidad-evitabilidad del daño desde la perspectiva del «buen padre de familia», propio de la apreciación clásica de la culpa o negligencia⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 301-305.

⁶⁹ Véanse, sobre los criterios de imputación objetiva, el § 102.º y sigs. del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

§ 23.º En cuanto a la imputación por riesgo, asienta en una concepción de justicia distributiva, según las doctrinas del riesgo-provecho (*risque-profit*), riesgo profesional o de actividad (*risque-d'activité*) y riesgo de autoridad (*risque d'autorité*). Para la primera doctrina, aquél que saca provecho de una situación debe también soportar los perjuicios que de ella puedan eventualmente resultar, en armonía con el principio *ubi commoda ibi incommoda*. De acuerdo con el segundo entendimiento, aquél que ejerce una actividad o profesión que sea hipotéticamente fuente de riesgos debe soportar los perjuicios que de ella resulten para terceros. En la tercera concepción, siempre que alguien tenga poderes de autoridad o dirección relativamente a hechos ajenos debe soportar también los perjuicios de ellos resultantes.

§ 24.º Finalmente, la imputación por sacrificio corresponde a la situación en que la ley permite, en homenaje a un valor superior, que sea sacrificado un bien o derecho perteneciente a otro, atribuyendo, sin embargo, una indemnización al perjudicado como compensación por ese sacrificio, como sucede en el ejemplo paradigmático del estado de necesidad. En este caso, el fundamento de la imputación reside en una idea de justicia conmutativa, o sea, en la atribución de una ventaja como contrapartida del sacrificio soportado en provecho de otro⁷⁰ (cfr. a los arts. 20 y 118 del C.P. español y al art. 339 del C.C. portugués)⁷¹.

§ 25.º La clasificación de la responsabilidad civil en responsabilidad por culpa, responsabilidad por riesgo y responsabilidad por sacrificio, según el título de imputación a que se recurra para transferir el daño de la esfera jurídica del perjudicado para otro, se revela de veras importante para las funciones de la responsabilidad civil. Así, en el caso de la responsabilidad por sacrificio, es manifiesto que la responsabilidad tiene exclusivamente una función reparatoria

⁷⁰ MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 53-54.

⁷¹ Véase, a este respecto, el § 34.º del capítulo III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

del daño. Tal sucede también primordialmente en la responsabilidad por riesgo; la cual, sin embargo, desempeña aun limitadamente funciones preventivas accesorias, en la medida en que los sujetos pasibles de ser responsables por este tipo de responsabilidad tendrán tendencia a evitar situaciones que multipliquen las hipótesis de riesgo. En la responsabilidad por culpa, además de una principal función reparatoria del daño, existe igualmente, a mi juicio, una clara función preventivo-punitiva, que resulta en una sanción por el reproche de la conducta del causante del daño⁷², la cual se demuestra por la determinación de la indemnización según el grado de culpa⁷³.

§ 26.º En lo que concierne a las funciones de la responsabilidad civil, hay que distinguir también la responsabilidad contractual de la extracontractual. En relación a la primera, su función fundamental será, simplemente, reparar los daños y perjuicios causados a intereses distintos del propio cumplimiento de la obligación - lo que es una cosa distinta del integral cumplimiento de la obligación, para el que existe el mecanismo de la acción de cumplimiento, en forma específica o por equivalente (el valor de la prestación). En la misma línea, la violación de deberes accesorios de protección, información y lealtad genera igualmente responsabilidad, por lo que hay que determinarla⁷⁴. En lo que toca a la responsabilidad extracontractual, no parece ser suficiente apuntar la función

⁷² Cfr. Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 291-292) y Ribeiro de Faria (en RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 426-427). En sentido contrario, Menezes Cordeiro [en MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., pág. 277] considera que la exigencia del daño como presupuesto esencial de la responsabilidad impide la punición de comportamientos en que el mismo no se verifique, así como en la función preventiva, porque en ella falta el daño; aunque vino a reconsiderar su posición – cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 419 y sigs.

⁷³ En el ordenamiento jurídico español, el alcance de la indemnización puede depender del grado de culpa sobre todo en la responsabilidad contractual (cfr. al art. 1103 del respectivo C.C.), pues se considera que se indemniza todo el daño causado en la responsabilidad extracontractual (cfr. al art. 1902 del mismo cuerpo legal).

⁷⁴ Véase, a este respecto, el § 11.º del capítulo IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRA CONTRACTUAL.

reparatoria del daño. Cuando estén en causa daños no patrimoniales, la responsabilidad civil debe asumir una función preventivo-punitiva⁷⁵.

3. Evolución histórica

§ 27.º Según la tradición de Gayo, las obligaciones nacen o de un contrato o de un delito («*vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»), aunque más tarde se sumaron otras fuentes como el cuasicontrato y el cuasidelito⁷⁶. La responsabilidad civil, como instituto jurídico, surgió histórica y dogmáticamente ante hechos ilícitos dañosos, dando origen consecutivamente a la obligación de indemnizar. Sin embargo, razones históricas y sociales han llevado a que, en determinadas circunstancias humana y socialmente sensibles, este instituto jurídico fuese expandido a situaciones de repercusión de riesgos y de ocurrencia de hechos lícitos dañosos. Si bien surge inicialmente fuera del ámbito contractual, la responsabilidad civil se desplazó a los contratos cuando, debido al incumplimiento de los mismos, se causaban daños. Nace así la obligación de indemnizar por inobservancia del deber de cumplir el contrato.

§ 28.º En el inicio de los tiempos, no había propiamente un instituto jurídico de la responsabilidad civil. En el primitivo Derecho romano, con referencia a esta realidad se hablaba de los *delicta* (en singular: *delictum*), que mencionaban los hechos definidos como ilícitos, de tenor privado o público, siendo que en este último caso se designaban también por *crimina* (en singular: *crimen*). El *delictum*

⁷⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 420-421.

⁷⁶ La doctrina especializada explica que, al clasificar las fuentes de las obligaciones, Gayo llegó a distinguir, frente a la bipartición inicial entre obligaciones *ex maleficio* y *ex contractu*, un tercer grupo (*ex variis causarum figuris*), que más tarde Justiniano dividirá a su vez en otras dos, en función de su mayor proximidad a las obligaciones nacidas de delito -*quasi ex maleficio*- o a las obligaciones nacidas de contrato, de las que se diferencian por la ausencia de acuerdo -*quasi ex contractu*- (cfr. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., págs. 406 y sigs.).

justificaba, cuando privado, la reacción del particular, mientras que el *crimen* implicaba, por su gravedad, la intervención de la autoridad pública. No obstante, tanto los *delicta* como los *crimina* estaban fuera del alcance del pensamiento jurídico, no constituían conceptos abstractos⁷⁷. De hecho, ni siquiera existía, en latín, una expresión para la “responsabilidad”, que es mucho posterior⁷⁸. Las reconstrucciones históricas posibles apuntan la venganza colectiva privada como el gran antecedente de las situaciones de responsabilidad⁷⁹. Los daños internos provocados, dentro del clan o de la familia, por sus propios miembros, eran solucionados por el *pater*, en el ámbito de su poder soberano. Cuando los daños eran causados a un miembro de un clan, por el de otro, los miembros del clan ofendido debían vengar los daños perpetrados, junto del clan cuyo miembro cometiera la ofensa⁸⁰. En la senda de Henry Mazeaud y León Mazeaud, se puede decir que la más primitiva noción de “responsabilidad” consistía apenas en la necesidad de retribuir el dolor con el dolor, de devolver el mal con el mal⁸¹. La idea era castigar aquél que hubiera causado un daño, sin tener en consideración su causa, sino sólo el efecto⁸². Poco importaba si el daño resultaba de una acción intencional o negligente o de un caso fortuito⁸³. La más primitiva “responsabilidad” era, pues, objetiva, punitiva y desproporcionada - aunque esta “responsabilidad” surge antes de la institucionalización de la responsabilidad civil

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 302.

⁷⁸ Como recuerda Menezes Cordeiro [en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 291], el término “*responsable*” solamente surge, en el plano jurídico, en escritos de Domat, en la segunda mitad del siglo XVII, pero hasta 1798 no fue admitido por el Diccionario de la Academia Francesa. El propio Código de Napoleón no utiliza la expresión “*responsabilité*” y apenas emplea el término “*responsable*”.

⁷⁹ TALAMANCA, M., *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Edit., Milano, 2015, págs. 615 y sigs..

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 292.

⁸¹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 32 y sigs..

⁸² Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, colec. Teses, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 179.

⁸³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual – Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, pág. 30; y IHERING, R., *Études complémentaires del' esprit de Droit romain. De la faute en Droit privé*, Paris, 1880, págs. 10 y sigs.

propriadamente dicha, por lo que no se puede confundir con la responsabilidad objetiva de nuestros días⁸⁴.

§ 29.º Con el tiempo, se pasó a admitir el rescate del daño causado mediante la composición pecuniaria del litigio: primero, espontáneamente, después, bajo el escudo de la autoridad, que, por su propia fuerza, la institucionalizó. Un buen ejemplo de ello es la Ley Sálica, la más importante de las leyes “bárbaras” en vigor en la época de los pueblos francos, que, fundamentalmente, establecía tarifas o tasas de composición del litigio: a cada tipo de delito en ella previsto correspondía una pena, denominada *Wergeld*, cuyo montante dependía de la naturaleza del daño causado y de la condición de la víctima. A través de la *Wergeld*, el clan o la familia del dañador rescataba el derecho de venganza del clan o de la familia del dañado, que, por lo menos hasta el reinado de Carlos Magno, no estaba obligado a aceptar tal composición pecuniaria.⁸⁵

§ 30.º En el Derecho romano, la Ley de la XII Tablas, cerca de 450 años a.C., señala la transición entre la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual, distinguiendo la responsabilidad delictual de la responsabilidad obligacional como dos institutos jurídicos diferenciados⁸⁶, y entre la fase de la composición voluntaria y de la composición obligatoria: en algunos casos, estrictamente tipificados, la víctima estaba obligada a aceptar la composición fijada y a renunciar a la venganza, pero la regla era aún la composición voluntaria, en alternativa a la venganza. La composición pecuniaria representa, por un lado, una punición y, por otro, una reparación del daño. Surge así, en la escena jurídica, la función primaria de la responsabilidad civil, aunque de modo

⁸⁴ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 179-180.

⁸⁵ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 180-181; VINEY, G., “Introduction à la Responsabilité”, en GHESTIN, J. (Director), *Traité de Droit Civil*, L.G.D.J., Paris, 2008, págs. 10 y sigs.; y TUNC, A., *La Responsabilité Civile*, Edit. Economica, Paris, 1989, págs. 54 y sigs..

⁸⁶ Como veremos a continuación en el § 34.º del presente capítulo.

incipiente e involucrado con su carácter sancionatorio, ya que no se hace todavía distinción entre el delito civil y el criminal⁸⁷. El pensamiento histórico-jurídico tradicional entendía que los *delicta*, al tiempo de la Ley de las XII Tablas, se contentaban con el hecho y la causalidad: serían, en suma, totalmente objetivos. Sin embargo, los elementos subjetivos estarían ya presentes, dado que las mismas XII Tablas consignaban dos situaciones que, hoy, se dirían negligentes: el homicidio causado por imprudencia en el manejo de armas y el lanzar fuego descuidadamente a la ciudad. También algunas causas de justificación habrán sido reconocidas, desde siempre, como la legítima defensa, pudiendo detectarse sólo atendiendo a la intención del agente. Parece, pues, que, en el Derecho clásico, los presupuestos de las *acciones ex delicto* no eran unitarios, cada tipo delictual poseía sus respectivos postulados, que habría que verificar caso a caso.⁸⁸

§ 31.º A semejanza de lo que pasó con el contrato, los romanos no elaboraron nunca un principio general de la responsabilidad civil, como bien recuerdan Henry Mazeaud y León Mazeaud, ni tampoco cualquier teoría general de la responsabilidad⁸⁹. No obstante, con el desarrollo de los siglos, ha sido posible pasar de la pura casuística a la tipificación de los delitos, a semejanza de lo que sucedió con el contrato, construyéndose en el período bizantino las grandes nociones de carácter general de la responsabilidad civil. Así, Gayo clasificó los delitos en cuatro categorías: *furtum* (sustracción intencional de una cosa, de su uso o de su posesión, con el intuito de obtener alguna ventaja económica); *rapina* (sustracción violenta de las cosas); *iniuria* (acto practicado sin derecho para tal), que Gayo y Paulo relacionaban con el caso de *membrum ruptum*, previsto en la Ley de las XII Tablas; y, finalmente, *damnum iniuria datum*.

⁸⁷ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 180-181.

⁸⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 302-303.

⁸⁹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 35 y sigs.; y GAZZANIGA, J. L., *Introduction historique au droit des obligations*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, págs. 213 y sigs..

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

La evolución sobrevenida en resultado de la labor sobre estas dos últimas categorías de delitos, *iniuria* y *damnum iniuria datum*, vendría a originar las bases de los dos grandes conceptos de la responsabilidad civil: el daño y la culpa⁹⁰.

§ 32.º El *damnum iniuria datum* o, simplemente, *damnum iniuria* fue regulado por la *Lex Aquilia de damno*, cerca de 286 a.C., aunque habrían existido anteriormente leyes sobre parte de esta materia derogadas por dicha Ley⁹¹. De Gayo hemos recibido una descripción con detalle de los tres artículos, denominados Capítulos, de esta Ley: en el primero, se preveía el caso de la muerte inflingida, sin derecho para tal, a un esclavo o a un animal perteneciente a otro; en el segundo, se preveía el caso del daño causado por el acreedor accesorio (*adstipulator*) al acreedor principal, por el hecho de, en vez de exigir el crédito, lo daba por extinto con la *acceptilatio*, declarando formalmente haber recibido el pago; por último, en el tercero, de un modo más general, se preveía un delito que consistía en herimientos causados a un esclavo o animal o en determinadas deterioraciones o destrucciones de una cosa perteneciente a otro⁹². Entonces, trabajando sobre estos casos y partiendo sobretodo del delito previsto en el tercer Capítulo de la Ley en causa, el pretor (magistrado romano que ejercía jurisdicción en Roma o en las provincias) y los jurisconsultos (intérpretes del Derecho civil) expandieron el alcance de estas previsiones, hasta firmar el concepto de daño con alcance general⁹³.

⁹⁰ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 182-183.

⁹¹ La cual se trata de un plebiscito propuesto al pueblo por el tribuno Aquilius, a quien debe su nombre, no siendo conocida su fecha exacta – cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 295, y MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 29 y sigs..

⁹² Cfr. D'ORS, A., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – *Constituciones preliminares y libros 1-19*, Aranzadi, Pamplona, 1968, pág. 379.

⁹³ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 182-183; y MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 35 y sigs.

§ 33.º Desde, por lo menos, la *Lex Aquilia*, se exigía que el hecho vedado por el Derecho fuera practicado con *iniura*. Después de una cierta evolución, la noción de *iniura* estabilizó en uno de sus significados, en torno a la ilicitud, o sea, a la disconformidad con el Derecho. Como concepto omnicompreensivo, la *iniura* vino a incluir en la ilicitud, y ya en el tiempo republicano tardío, la idea de culpa, lo que permitía manejar las causas de justificación, como la legítima defensa, y de excusa, para no responsabilizar al *infans* y al *furiosus*. Parece pues que, en el período clásico, mediante la *iniura*, se transmitía la idea de una ilicitud ampliada que, incluyendo la reprobación del agente, permitía la imputación del daño a través de la culpa. La introducción de elementos axiológicos a los *delicta* sólo sería realizada por Justiniano y por la influencia del pensamiento cristiano en el Derecho romano postclásico⁹⁴, en el *Corpus Iuris Civilis*. En el Bajo Imperio, se entendía ya que actuaban con culpa quienes no orientaran su conducta por la actuación que sería asumida por un padre de familia prudente - el precedente del *Bonus Pater Familias*; distinguiéndose varios grados de culpa: la *culpa lata* (grave), la *culpa levis* (leve) y la *culpa levissima* (levísima), añadida para el dominio de la responsabilidad aquiliana⁹⁵. En síntesis, la distinción formal, hoy común en los sistemas románicos de estilo germánico, entre ilicitud y culpa, era desconocida para los romanos: se incluía la culpa y la ilicitud en la misma previsión de *iniura*, motivo por el cual las circunstancias que excluían la ilicitud eliminaban también la culpa⁹⁶.

§ 34.º En conclusión, la *Lex Aquilia* tiene una importancia unánimemente reconocida, manteniéndose actualizada en el Occidente durante más de 23

⁹⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 303-305; DE ROBERTIS, F. M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Edit. Cacucci, 1966, págs. 39 y sigs..

⁹⁵ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 183-184; y GAZZANIGA, J. L., *Introduction historique au droit des obligations*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, págs. 211 y sigs..

⁹⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 308; y MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*, cit., págs. 183 y sigs..

siglos⁹⁷: por un lado, quedaba asentado de una vez por todas que la sanción de un hecho ilícito dañoso o delito consiste en la obligación de indemnizar, por oposición a las composiciones personales anteriores; y, por otro, el Derecho romano de la responsabilidad estaba dominado por el principio de la culpa, una situación que enmarca el Derecho civil hasta nuestros días, dando origen a la actual responsabilidad civil aquiliana o extracontractual⁹⁸. Asimismo, la *Lex Aquilia* operaba una distinción entre responsabilidad civil extracontractual y contractual, aunque este carácter diferenciado constara ya en la Ley de las XII Tablas⁹⁹, de donde deriva toda la evolución subsiguiente, por lo que la responsabilidad contractual tiene un origen y un desarrollo muy distintos de la responsabilidad aquiliana o extracontractual¹⁰⁰. Efectivamente, debido al hecho de la *Lex Aquilia* solo reprime los actos ilícitos positivos, lo que Henry Mazeaud y León Mazeaud denominan «circunstancia accesorio»¹⁰¹, deja fuera los actos ilícitos negativos, como el incumplimiento contractual. En consecuencia, al acreedor contractual, producida la inobservancia del contrato, no le asistía una *actio legis Aquiliae*, razón por la cual se le debía conceder una acción nacida del contrato mismo¹⁰².

§ 35.º El *Corpus Iuris Civilis*, publicado entre los años 529 y 534 d.C., que recopiló siglos de evolución del Derecho romano por orden del emperador

⁹⁷ Sólo el segundo Capítulo perdió su utilidad, ya en la época clásica, debido al apareamiento, *ex bona fide*, de la *actio mandati*.

⁹⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 296-297 y 306.

⁹⁹ La Tabla III versaba sobre responsabilidad obligacional, al prever el caso de la existencia de una deuda y incumplimiento por el deudor de la condena judicial de pagarla. Su severo régimen jurídico provocó, a lo largo del tiempo, una grave cuestión social, por lo que ha sido suavizado por la *Lex Poetelia Papiria de Nexis*, en 362 a.C., y por toda la evolución posterior.

¹⁰⁰ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 297-298.

¹⁰¹ En virtud de este hecho y de la consecuente distinción entre la responsabilidad por incumplimiento del contrato por una de las partes y la responsabilidad resultante de otros hechos ilícitos, se perdería en el olvido la identidad entre ambos tipos de responsabilidad y se confundió, entre los romanos, el análisis de la responsabilidad contractual con el del contenido mismo del contrato.

¹⁰² Cfr. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 43 y sigs.; y SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 184.

bizantino Justiniano, mantuvo la distinción entre responsabilidad aquiliana y responsabilidad obligacional, como dos grandes categorías separadas. No obstante, contenía en sí mismo tendencias unificadoras de la responsabilidad Civil, aunque haya asegurado esta dualidad inicial hasta nuestros días, habiendo sido suficiente para tal preservar lo esencial de las fuentes de las obligaciones¹⁰³. Por otro lado, el *Corpus Iuris Civilis* reflejaba, como hemos dicho anteriormente¹⁰⁴, una idea de culpa de inspiración cristiana: la culpa moral. Los Glosadores e intérpretes del Derecho romano justiniano atribuirían a la noción de culpa un alcance técnico muy importante, en la medida en que la culpa sería el elemento subjetivo de previsión del ilícito, paralelamente a su alcance ético¹⁰⁵. Consecuentemente, distinguieron con claridad el ilícito doloso del ilícito meramente culposo: en ambos, estaba presente la conciencia del acto; pero, en el primero, el agente tenía la intención de perjudicar, mientras que, en el segundo, existía tan sólo imprudencia o negligencia por su parte¹⁰⁶.

§ 36.º La influencia canónica ha sido bastante significativa, sobretudo en lo que toca a lo que podríamos llamar hoy “ideología” de la responsabilidad civil, en el Occidente. La consolidación del elemento subjetivo del *delictum* tuvo consecuencias dogmáticas que todavía perduran: mientras que, entre los romanos, la culpa era la forma de diferenciar el daño deliberado, del negligente y del casual; a partir de los canonistas y, en general, de la primera recepción del Derecho romano, la culpa pasó a ser la propia justificación de la imputación delictual. Este acogimiento del nivel axiológico en el Derecho civil por el Humanismo, con su vuelta al Derecho romano clásico, en el siglo XVI, ha

¹⁰³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 299-300.

¹⁰⁴ En el § 7.º de este mismo capítulo.

¹⁰⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Idem*, págs. 309-310; y TALAMANCA, M., “Colpa civile (diritto romano e intermedio)”, *ED 7* (1960), págs. 517-534.

¹⁰⁶ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 186, y GAZZANIGA, J. L., *Introduction historique au droit des obligations*, cit., págs. 237 y sigs..

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

permitido conservar la responsabilidad como instituto jurídico de base individual, asegurado por el juicio de censura.¹⁰⁷

§ 37.º Las doctrinas de Derecho natural, en los siglos XVII y XVIII, asumieron una particular postura ante el suceso jurídico. Colocando la razón como la gran fuente de las reglas jurídicas, el lusnaturalismo y el lusracionalismo pretendieron deducir todo el Derecho a partir de determinadas proposiciones consideradas básicas, lanzando así la Sistemática Central o Segunda Sistemática. En lo que concierne a la responsabilidad civil, esta metodología se proponía repensar, en conjunto, los respectivos presupuestos, procediendo a una uniformización fundamental, dado el estado caótico en que se encontraban las fuentes. En consecuencia, hubo una evolución completa, desde el antiguo Derecho romano, que sólo conocía delitos típicos con presupuestos variables. Con la labor de sus estudiosos, entre los cuales se destacan Grocio¹⁰⁸ y Pufendorf¹⁰⁹, el lusnaturalismo y el lusracionalismo han logrado profundizar los fundamentos de la responsabilidad civil, anticipando, en casi dos siglos, la problemática subyacente a la imputación objetiva¹¹⁰. En compensación, es dudoso que se pueda atribuirles la distinción entre culpa e ilicitud, ya que no eran muy claros en este dominio¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 310-311.

¹⁰⁸ Grocio enunció el principio básico de la responsabilidad civil por delito: si alguien inflige un daño, porque de manera culposa hace lo que no debe o no hace lo que debe, queda obligado a repararlo – cfr. GROTIUS, H., *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tomo II (Trad. de BARBEYRAC, J.), Presses Universitaires de Caen, Caen, 1984, págs. 415 y sigs..

¹⁰⁹ Pufendorf añadiría un fundamento moral al principio anterior: la *socialitas*, que significa que el hombre vive en sociedad y esta vivencia postula «deberes absolutos», que obligan a todos los hombres. Entre esos deberes se destacan dos máximas: «no hacer mal a nadie y reparar el daño que podamos haber causado». – Cfr. PUFENDORF, S., *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tomo I (Trad. de BARBEYRAC, J.), Presses Universitaires de Caen, Caen, 1987, págs. 68 y sigs..

¹¹⁰ Pufendorf admitía, en determinados casos, la hipótesis de una imputación objetiva y, por lo tanto, sin culpa: el *Dominus* estaba obligado a soportar los daños causados por su esclavo o por su animal - cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 313-314.

¹¹¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 311-315.

§ 38.º No hay que olvidar que el Derecho romano se asentaba en la tipicidad de los *delicta*, cuyas previsiones incluían en sí mismas, caso a caso, los elementos objetivos y subjetivos de la imputación, así como el ámbito de ésta. Las tentativas iniciales de generalización, designadamente del *Corpus Iuris Civilis*, acabarían, por consiguiente, recogiendo un lenguaje variado y poco preciso. La Historia moderna de la responsabilidad civil es relativamente tardía y se inicia con las grandes codificaciones que llevaron a sistematizar sus presupuestos, bajo un lenguaje con un mínimo de uniformidad. Los primeros intentos de sustituir el *Corpus Iuris Civilis* por nuevos sistemas de fuentes fueron los códigos iusracionalistas: el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756, el *Allgemeines Landrecht* prusiano, de 1794, y el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco, de 1811. Sin embargo, la etapa previa a la codificación francesa llevaría, más lejos que las experiencias germánicas, el esfuerzo de simplificación de los conceptos y de unificación del lenguaje¹¹². De esta forma, Domat introdujo el concepto de *faute*, partiendo de la moral cristiana, una vez que *faute* también significa “pecado” en francés. Para Domat, el fundamento de la reparación de una falta, de un mal hecho a otro, se basa en la noción de *faute*, que incluye la imprudencia, la ligereza y la ignorancia. Así que es en la idea de *faute* que Domat fundamenta el principio general de la reparación de daños y perjuicios, distinguiendo entre *faute délictuelle*, *contractuelle* y *quasi délictuelle*, esto es, entre *faute* procedente de delitos, de faltas a compromisos asumidos en convenciones o ni de una ni de otra circunstancia¹¹³. Aunque Pothier, retomando a Domat, pero sin contribuciones innovadoras significativas, está considerado el padre del Código de Napoleón, ha sido Domat que el lanzó las bases dogmáticas para un nuevo Derecho de la responsabilidad civil.¹¹⁴

¹¹² Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 317-321.

¹¹³ Cfr. DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delectus*, Tomo 2, Edit. Hachette Livre Bnf, Paris, 2019, págs. 179 y sigs..

¹¹⁴ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 188-189.

§ 39.º En realidad, el *Code Civil* francés de 1804 o Código de Napoleón¹¹⁵, así denominado porque en este diploma Napoleón mandó refundir el cúmulo de la tradición jurídica anterior a él, no le da a la responsabilidad civil un tratamiento unitario, dado que sus normas esenciales sobre esta materia se dispersan por los artículos 1146 a 1175 y por los artículos 1382 a 1386, distinguiendo de este modo la responsabilidad contractual de la extracontractual¹¹⁶. No obstante, el sistema de responsabilidad Civil resultante del *Code* se halla formalmente muy simplificado: los artículos 1146 y siguientes regulan los “daños y perjuicios” derivados del incumplimiento de las obligaciones, sin ninguna referencia a presupuestos o, designadamente, a la *faute*, que surge a propósito de los hechos ilícitos dañosos, en el artículo 1382, como único presupuesto de la imputación aquiliana, abarcando la culpa y la ilicitud. Así, la doctrina y la jurisprudencia posteriores a la aprobación del Código de Napoleón, todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas, han procedido a la labor de reconducir a la *faute*, principio general de la responsabilidad civil, todo el sistema de imputación aquiliana y, más tarde, obligacional¹¹⁷, y de encontrar en este principio general respuestas para las nuevas exigencias de la evolución histórica y social¹¹⁸.

§ 40.º En Alemania, la recepción del Derecho romano ha sido más tardía, pero también más profunda y duradera. Promulgado el 18 de agosto de 1896, si bien que sólo entró en vigor en el primer día de enero de 1900, el B.G.B. (Código Civil alemán) es fruto de un largo proceso de preparación y cuño de la unificación política alemana. Aunque sea un Código claramente contrastante con el *Code Civil*, el B.G.B. mantuvo, en materia de responsabilidad civil, algunas opciones ya tomadas en su homólogo francés: por un lado, la distinción entre

¹¹⁵ Publicado el 21 de marzo de 1804.

¹¹⁶ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 190.

¹¹⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 322.

¹¹⁸ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 193.

responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana, resultante de su diferente colocación sistemática¹¹⁹; y, por otro, la regla de la responsabilidad subjetiva, que requiere que la obligación de indemnizar dependa de culpa - con excepciones que deberían ser objeto de leyes dispersas¹²⁰, salvo limitadamente el caso de la responsabilidad de los dueños y de los principales o directores por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes, en el ejercicio de las funciones en que los han empleado. Sin embargo, en contraste con los apenas cinco artículos del *Code Civil* francés relativos a la responsabilidad aquiliana, el Código Civil alemán integra treinta párrafos. A diferencia del artículo 1382 del Código de Napoleón, que estableció una cláusula general de responsabilidad civil a discreción de la jurisprudencia, el B.G.B. configuró tres pequeñas cláusulas de imputación aquiliana¹²¹, retirando la posibilidad de un margen muy amplio de discrecionalidad judicial. Asimismo, al sistema napoleónico, asentado en la unicidad de los presupuestos de la responsabilidad civil, basados en la *faute*, se contraponen el alemán, de carácter analítico, que apura los diferentes presupuestos. Al contrario de lo que sucede con la *faute* francesa, los conceptos de ilicitud y de culpa¹²² del Código Civil alemán constituyen dos presupuestos

¹¹⁹ Las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual o obligacional, como la responsabilidad del deudor por el incumplimiento o por la imposibilidad de cumplimiento, a sí imputable, del deber de prestar (§§ 276 y 280), constan del título I del capítulo 1 del Libro II; mientras que las disposiciones concernientes a la responsabilidad aquiliana o delictual constan de los §§ 823 y siguientes, situados en el título XXV del capítulo 7 del mismo Libro.

¹²⁰ No deja de ser curioso que, en la elaboración del B.G.B., haya presidido la idea de que los casos de responsabilidad objetiva, considerados excepcionales, no deberían ser consagrados en su cuerpo legal. Así, un Código que entró en vigor en el siglo XX ha ignorado la existencia de máquinas y de accidentes, a pesar de, en Europa continental, haber sido en suelo alemán que surgió una de las primeras aberturas en el principio de la responsabilidad civil subjetiva, con la ley prusiana de ferrocarriles de 1838. Con razón se dice que el B.G.B. constituye más el reflejo de la cadencia del siglo XIX que la anticipación del efervescente y rápido desarrollo del siglo XX. – Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 192-193.

¹²¹ La cláusula del § 823, I, que tutela, según la interpretación dominante, los derechos absolutos; la cláusula del § 823, II, que, siempre con la exigencia de culpa, manda indemnizar en caso de daños causados con violación de normas destinadas a proteger otro – las llamadas normas de protección; y, por último, la cláusula del § 826, que prevé el deber de indemnizar en caso de daños causados a otro contra las buenas costumbres, pero desde que tal haya ocurrido con dolo.

¹²² Distinguidos por Ihering, en su obra de 1867: *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht (El Momento de la Culpa en el Derecho Privado Romano)*. Véase, a este respecto, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 328-331.

distintos de la responsabilidad civil¹²³. Mientras que la *faute* congrega en sí misma una idea integrada de culpa e ilicitud, estos dos conceptos se hallan tratados diferenciadamente en el B.G.B. como conceptos autónomos: la ilicitud como expresión objetiva de la contrariedad del hecho al orden jurídico; y la culpa apelando a un juicio subjetivo de reproche de la conducta del agente, por ser contraria al orden jurídico, ya por haber sido intencional, ya por haber sido negligente – o sea, la ilicitud respecta al hecho y la culpa concierne al agente. Para el *Code Civil*, la *faute* existe o no existe; según el B.G.B., puede haber ilicitud sin culpa¹²⁴. En suma, el sistema construido en el Código Civil alemán ha sido doblemente cauteloso: por un lado, acogió los dos presupuestos descubiertos por Ihering (la ilicitud y la culpa); y, por otro, estableció tres pequeñas cláusulas de imputación aquiliana (las cláusulas de los §§ 823, I, 823, II, y 826) – tratándose de una solución situada a medio camino entre el Derecho romano y el Código Civil francés. El esquema resulta cerrado con la exigencia de culpa para la imputación del incumplimiento de las obligaciones – cfr. a los §§ 276 y 285 del B.G.B.¹²⁵

§ 41.º La existencia, bien delimitada, de una dualidad de modelos de responsabilidad civil (el francés y el alemán), en los Derechos de Europa continental, de tradición romanista, implica profundas consecuencias para los sistemas continentales europeos. Veremos cuáles en los ordenamientos jurídicos que son objeto de nuestro estudio: el español y el portugués.

¹²³ Que implican «dos instancias de control del sistema», en las palabras de Menezes Cordeiro (*Idem*, pág. 331).

¹²⁴ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 192-193.

¹²⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 333-334.

a) Experiencia española

§ 42.º El Derecho civil español se forma por la confluencia sucesiva del Derecho romano y del Derecho germánico. El Derecho romano penetró en la Península Ibérica en los primeros siglos de nuestra era, como consecuencia de la conquista y dominación de los romanos, e influyó en el Derecho visigodo, rebrotando después durante la Baja Edad Media, período en el cual se redacta, bajo su influencia, el Código de las Siete Partidas, de Alfonso X, El Sabio. A su vez, el Derecho germánico se asentó en España a la caída del Imperio romano, con la invasión de los pueblos bárbaros, y cristalizó sobre todo en el ordenamiento visigótico, dentro del cual destaca el llamado *Liber Judiciorum*, que durante la Edad Media fue traducido al castellano con el nombre de Fuero Juzgo y otorgado como fuero a diversas ciudades reconquistadas, ejerciendo influencia decisiva en muchos de los fueros municipales que surgieron a lo largo de la Edad Media. Durante este período, la Península Ibérica se fragmentó en una serie de unidades políticas diferentes, cada una de las cuales ha poseído a lo largo de su historia, hasta nuestros días, su propio ordenamiento jurídico, por lo que, más que hablar de un Derecho civil español, hay que hablar de Derechos Civiles españoles, fundamentalmente el castellano, el aragonés, el navarro, el catalán y el balear.¹²⁶

§ 43.º El fenómeno codificador se inicia en España a finales del siglo XVIII, al mismo tiempo que en el resto de Europa, especialmente entre los pensadores de la Ilustración, y se consagró al redactarse la Constitución de 1812 por las Cortes de Cádiz, en cuyo artículo 258 se estipulaba que los Códigos Civil, Criminal y de Comercio deberían ser unos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias pudieran hacer las Cortes. Para facilitar la aprobación de un Código Civil, evitando así una larga discusión

¹²⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pág. 35.

parlamentaria, se ideó el sistema de someter a las Cortes una Ley de Bases, que recogiera únicamente los principios sobre los cuales había de redactarse después el Código, convirtiendo, en cambio, la elaboración de éste en una labor estrictamente técnica, que fuera obra de una comisión muy reducida. Una vez aprobada la Ley de Bases, la redacción del Código Civil fue extraordinariamente rápida, lo que demuestra que, sin lugar a duda, estaba hecha ya, y se mandó publicar por el Real Decreto de 6 de octubre de 1888. De nuevo debido a la discusión parlamentaria, se ordenó que se hiciera una edición revisada del Código, con las enmiendas y adiciones que fueran consideradas necesarias, y se mandó publicar la nueva edición del Código Civil por el Real Decreto de 24 de julio de 1889. La diferencia entre ambas ediciones no es sustancial, aunque existan numerosos preceptos que fueron modificados.¹²⁷

§ 44.º El Código Civil español, en vigor hace más de cien años, si bien haya sido reformado en una serie de ocasiones, sigue el modelo francés¹²⁸, aunque sea fiel a la tradición española, conservando el Derecho nacional existente, dándole una forma doctrinal correspondiente a su época¹²⁹. Acusando la fuerte influencia del *Code Civil*, el C.C. español, con el propósito de enumerar las fuentes de las obligaciones, establece en su artículo 1089 que las obligaciones nacen “de la ley, de los contratos y cuasicontratos” y “de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Dentro de esta última categoría, el Código distingue entre «*delitos o faltas*» (artículo 1092)¹³⁰, por un lado, y «*actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley*» (artículo 1093), por otro. Con este binomio se pretende diferenciar la responsabilidad civil derivada de actos constitutivos de

¹²⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, cit., págs. 39-43.

¹²⁸ La influencia del Código Civil francés de 1804 es unánimemente reconocida por la doctrina española, además del Código Civil italiano de 1865 y del portugués de 1867 (cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil Español*, Vol. I – *Introducción y Parte General*, Librería Bosch, Barcelona, 4.ª Ed., 1987, pág. 40).

¹²⁹ Véase, a este respecto, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, cit., págs. 43-45.

¹³⁰ Aunque el C.C. español hable de «*delitos o faltas*», actualmente sólo existen los delitos en el C.P. español.

ilícito penal de la que dimana del ilícito civil, conforme a los artículos 1092 y 1093, que respectivamente establecen, mediante sendas remisiones, el régimen general de unos y otros actos. De este modo, el sistema legal español contempla la responsabilidad civil como efecto natural de todo daño injusto: quien lo causa debe repararlo. No obstante, el concreto tratamiento de la responsabilidad civil es dispar en función de la tradicional distinción entre ilícito penal e ilícito civil, de la que depende la designación de la jurisdicción competente para conocer las diversas reclamaciones y la determinación de la ley aplicable a cada una de ellas. Por una parte, hay hechos que están tipificados como ilícito penal y que tienen como sanción la aplicación de una pena, pero, puesto que a la vez esos mismos hechos pueden causar daño a alguien, se dice que son fuente de responsabilidad civil derivada de ilícito penal. Por otra parte, están los hechos que, sin constituir ilícito penal, ocasionan daño a otra persona, por lo que no dan lugar a la aplicación de una pena, sino a la responsabilidad civil correspondiente, denominada responsabilidad civil “pura”.¹³¹

§ 45.º En lo que concierne a la responsabilidad civil derivada de actos ilícitos de carácter civil, referidos en el artículo 1093, que aquí nos ocupa, la sanción de los comportamientos dañosos no penales se encuentra prevista en los artículos 1101 y 1902 y siguientes del mismo C.C., según se trate de responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación previamente constituida por contrato, ley o cuasicontrato (responsabilidad obligacional) o simplemente de responsabilidad resultante del incumplimiento de un deber jurídico más genérico de «no dañar a otro», sin existir otra obligación previa (responsabilidad extraobligacional, delictual o aquiliana). En este último caso, el artículo 1902 prevé que *«el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*. En el caso de responsabilidad obligacional, el artículo 1101 estipula que *«quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el*

¹³¹ Véase ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., págs. 23-32.

cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

§ 46.º La simple lectura de los artículos 1101 y 1902 del C.C. revela que el sistema jurídico español, en materia de responsabilidad civil, gira alrededor de la culpa como regla general: es el haber mediado dolo, negligencia o culpa en la conducta del agente lo que le obliga a reparar el daño causado, a través de la indemnización de daños y perjuicios; aunque la responsabilidad objetiva esté declarada en normas de carácter excepcional dentro y fuera del Código Civil¹³². Fiel a esta concepción de responsabilidad fundada en la culpa, fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo español la que, en incontables sentencias, ha diseccionado el artículo 1902 del C.C., como cláusula general de responsabilidad, de la que extrae los siguientes elementos componentes de la responsabilidad civil: la realidad del daño, la culpa del agente y, por fin, el nexo o relación de causalidad entre el comportamiento y el daño¹³³. En consecuencia, el Tribunal Supremo exigía constantemente que el demandado perjudicado acreditara la existencia de culpa por parte del causante del daño, bien se manifestara en su voluntad o propósito de dañar (dolo), bien estuviese constituida por su descuido, negligencia o impericia en el obrar (culpa en sentido estricto). Sin embargo, a impulsos de la doctrina y movido por razones de carácter ético y de contemplación de nuevas realidades sociales, el Tribunal Supremo evolucionó sensiblemente en sus criterios, hasta llegar a fórmulas prácticas que se apartan radicalmente de las primitivas posiciones¹³⁴. Como afirma la S.T.S. de 5 de abril de 2010¹³⁵, «encomiable ha sido sin duda la labor

¹³² Sobre la responsabilidad objetiva, véase el apartado b) Criterio objetivo: riesgo, inserido en el punto 3. El criterio de imputación del hecho al responsable, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹³³ La simbólica S.T.S. de 30 de junio de 1959 (RJ 1959, 2944) indica que «la doctrina de la jurisprudencia señala tres requisitos para poder reclamar el cumplimiento de las obligaciones provenientes de culpa extracontractual, los cuales son los de la realidad del daño, la existencia de falta en el que lo produce y relación de causa a efecto entre uno y otra». En el mismo sentido, se expresa la S.T.S. de 7 de enero de 1960 (RJ 1960, 104).

¹³⁴ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., págs. 32-33.

¹³⁵ RJ 2010, 4034.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de nuestro Tribunal Supremo en esta materia, al elaborar un cuerpo de doctrina capaz de responder a las actuales necesidades sociales, pese al handicap que representa el rígido sistema culpabilístico regulado en el Art. 1902 del Código Civil. Muy en síntesis, la evolución jurisprudencial arranca con la emblemática sentencia de 30 de junio de 1959¹³⁶, posibilitando la aplicación analógica de los arts. 1104 y siguientes del CC, instaurando el principio de agotamiento de la diligencia; matizando el principio general de la carga de la prueba, aplicando el principio de expansión en la apreciación de la prueba (se suaviza la rigurosa exigencia de una prueba plena de la culpa en beneficio del más débil cuando éste es la víctima, sentencia de 14 de octubre de 1969¹³⁷); autorizando la inversión de la carga probatoria con carácter general (corresponde al demandado acreditar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del daño¹³⁸, sentencias de 16 de octubre de 1989 o 5 de febrero de 1991¹³⁹); y culminando con la adopción de una variante de la teoría de la responsabilidad por riesgo, tanto en justificación del recurso a la inversión del

¹³⁶ Así, en la referida S.T.S. de 30 de junio de 1959 (RJ 1959, 2944) se propugna, tal como «en la (sentencia) de 25 de marzo de 1954, que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y no se hallaba completa la diligencia».

¹³⁷ Véanse, también, la S.T.S. de 5 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5439) y la S.T.S. de 21 de junio de 2002 (RJ 2002, 5829).

¹³⁸ Lo que se excepciona cuando se trate de obligaciones de medios y sea evidente la culpa exclusiva de la víctima. Así sucede en la S.T.S. de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4246), en un caso de muerte por trombosis pulmonar, en el que existía especial riesgo de fallecimiento por tal causa dada la adicción a las drogas de la víctima, habiendo sido la asistencia prestada conforme a la «lex artis», donde se recuerda que «nuestra jurisprudencia se mantiene hoy, en líneas generales, fiel a la concepción tradicional de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, fundamentada en la exigencia de una conducta u omisión culpable sobre la base de que su obligación no es de resultado sino de actividad, por lo que consiste en desplegar todos los medios disponibles tanto en el diagnóstico como en el tratamiento para tratar de curar al enfermo, sin que se responda en absoluto por el simple hecho de que tal objetivo no se alcance. Además, lejos de admitir las modernas corrientes que mediante la inversión de la carga de la prueba tienden a objetivar la responsabilidad civil en otros sectores, se afirma con rigor, salvo supuestos especiales, que es el paciente quien ha de probar además del nexo causal entre la conducta u omisión y el resultado dañoso que el facultativo no cumplió las exigencias de la «lex artis ad hoc» y no aquel que su comportamiento fue diligente». En el mismo sentido, la S.T.S. de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138).

¹³⁹ Véanse, también, la S.T.S. de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4566), la S.T.S. de 2 de abril de 1986 (RJ 1986, 1788), la S.T.S. de 19 de febrero de 1987 (RJ 1987, 719), S.T.S. de 26 noviembre de 1990 (RJ 1990, 9047) y la S.T.S. de 5 julio de 1992 (RJ 1992, 6079).

onus probandi (sentencia de 9 de Mayo de 1999¹⁴⁰), como de forma autónoma, imponiendo la obligación de resarcir el daño causado por una actividad peligrosa a quien obtiene el beneficio de la misma (sentencias de 21 de noviembre de 1995 o de 6 de abril de 2000¹⁴¹, entre otras).» En conclusión, la teoría clásica de la culpa ha sido contemplada por la jurisprudencia española con una innegable tendencia a la protección de los intereses de la víctima.

§ 47.º Como hemos visto, el principio de la culpa subyace en el C.C. español, como en todos los Códigos Civiles europeos decimónicos, lo que se entiende ya que han sido concebidos en el seno de la filosofía liberal que, haciendo del individuo el elemento central de todas las valoraciones sociales y, por tanto, jurídicas, ve con repugnancia la posibilidad de que una persona sea juzgada responsable de un daño que no ha sido fruto de su libre actuación. La doctrina jurídica ha puesto de relieve que la teoría de la culpa, esto es, la concepción tradicional en materia de responsabilidad civil, es una aplicación, en el plano jurídico, de las directrices del *laissez faire*, siendo una de ellas el principio de que “no hay responsabilidad sin culpa”. Según esta tesis, el individuo sólo debe responder de sus actos reprobables – concepto moral trasladado al ámbito jurídico; lo que significa tanto como afirmar que los acontecimientos ajenos a su voluntad son de todo punto irrelevantes¹⁴². Así, la concepción clásica de la culpa se traduce invariablemente como elemento indispensable en la omisión de la diligencia exigible al agente. En cambio, la posición moderna caracteriza la culpa por notas distintas de esa falta de diligencia, llegando a hablar de una «culpa social» o «culpa sin culpabilidad», que se verifica en actividades voluntarias y lícitas, pero susceptibles de causar daños, en razón a lo cual se prescinde en gran medida de la diligencia del responsable y se impone

¹⁴⁰ Véase, además, la S.T.S. de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3718).

¹⁴¹ Véase, también, la S.T.S. de 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 6161).

¹⁴² Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., págs. 15-16.

la obligación de indemnizar al que controla tales actividades¹⁴³. La doctrina civilista actual, aclarando el requisito clásico de la culpa, le ha dado, apoyada en parte en el desarrollo científico del Derecho Penal, una estructuración más sistemática: se considera que la antijuridicidad deriva de una conducta contraria al Derecho de la persona causante del daño a resarcir, siendo el dolo y la culpa variaciones de esta misma “antijuridicidad”.¹⁴⁴

b) Experiencia portuguesa

§ 48.º En el origen, encontramos el relativo silencio sobre la responsabilidad civil en las compilaciones de leyes regias en vigor en Portugal, denominadas *Ordenações*¹⁴⁵, dado que la materia constaba ya en el *Corpus Iuris Civilis* y en el Derecho común, vigentes en territorio portugués. En la literatura jurídica anterior al primero Código Civil portugués, tenemos que esperar por el inicio del siglo XIX para encontrar una mayor atención a los presupuestos de la responsabilidad civil dada por Corrêa Telles, en su obra *Digesto Portuguez*. Aparentando ya la influencia del Código Civil francés de 1804, Corrêa Telles concentraba en la culpa los diversos presupuestos de la responsabilidad aquiliana: el hecho, la ilicitud y la culpa (e incluso, quizá, la causalidad) – se trata, pues, de la *faute*, en la tradición de Domat. En cuanto a la responsabilidad obligacional, la culpa no era referida, surgiendo apenas más tarde, tal como sucedió con el Código de Napoleón. Así, la doctrina sobre la responsabilidad civil en Portugal tendía ya para el modelo francés, aunque Coelho da Rocha se haya

¹⁴³ Como sucede, por ejemplo, en caso de daños producidos por animales, de daños provocados por instalaciones productoras de energía nuclear o de accidentes causados por vehículos a motor o en el tráfico aéreo.

¹⁴⁴ Cfr. SANTOS BRIZ, J., “Comentario al art. 1101”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 6 (Arts. 1.088 al 1.314), Editorial Bosch, Barcelona, 2000, págs. 92-95.

¹⁴⁵ Apenas las *Ordenações Filipinas*, ordenadas por Felipe I de Portugal (II de España), o *Código Filipino*, durante los 60 años de dominio español en Portugal, contenían dos trozos relevantes sobre responsabilidad contractual: en el Libro 4, título II, Pr., relativo a la compra y venta hecha simplemente por señal dado al vendedor o en inicio de pago; y en el Libro 4, título LIII, § 2, referente al comodato.

revelado eficaz en un primero movimiento de recepción de la sistematización alemana del Derecho civil, a través de Mackeldey. Con estos antecedentes, el Código Civil portugués de 1867, también llamado Código de Seabra¹⁴⁶, no dejaría de inclinarse para una orientación unitaria de tipo napoleónico en lo que toca a la responsabilidad civil, pero sin hacer referencia a la culpa. El papel de la *faute* parece estar incluido en el propio hecho de “ofensa a los derechos”, en la responsabilidad aquiliana¹⁴⁷. En lo que concierne a la responsabilidad contractual, el Código de Seabra habla de “falta al cumplimiento”, sin referirse una vez más a la culpa¹⁴⁸, lo que indica de nuevo la naturaleza comprensiva del hecho.¹⁴⁹

§ 49.º En el inicio del siglo XX, se verificó en la Universidad portuguesa un giro hacia el Pandectismo¹⁵⁰, en el cual tuvo un papel fundamental Guilherme Moreira, responsable por la modernización de diversos institutos jurídicos, entre los cuales se incluye la responsabilidad civil. Con base en autores italianos, como Giorgi y Chironi, y acogiendo el modelo alemán, este autor vino preconizar la solución de Ihering: un sistema de responsabilidad civil fundado en la diferenciación entre la ilicitud y la culpa, distinguiendo así los respectivos presupuestos. Por lo demás, mantuvo la distinción entre responsabilidad obligacional y responsabilidad aquiliana: en la primera, habría una relación previa; mientras que, en la segunda, apenas existiría un deber genérico. En su opinión, el Código Civil portugués de 1867 se alejó de la tradicional exigencia de

¹⁴⁶ Porque ha sido preparado por el Vizconde de Seabra.

¹⁴⁷ En el artículo 2361, que abre las disposiciones preliminares del Libro dedicado a la responsabilidad civil, se dice que «*todo aquél que viola o ofende los derechos de otro se constituye en la obligación de indemnizar la víctima, por todos los perjuicios que le cause*».

¹⁴⁸ En este tema, el artículo 2393 remite para los artículos 702 y siguientes, estableciendo el artículo 705 a este respecto que «*el contratante que falte al cumplimiento del contrato se vuelve responsable por los perjuicios que cause al otro contratante, salvo habiendo sido impedido por hecho del mismo contratante, por fuerza mayor o por caso fortuito, para el cual de ningún modo haya contribuido*».

¹⁴⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 353-358.

¹⁵⁰ Doctrina jurídica europea posterior al Humanismo jurídico y anterior a la codificación, que alcanzó su apogeo en Alemania en el siglo XIX y que trataba de analizar los textos del Derecho romano, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos nuevos.

culpa, admitiendo por lo tanto la imputación objetiva. Por consiguiente, la responsabilidad civil se asentaría, por un lado, en la violación del Derecho o injuria objetiva y, por otro, en la culpa o injuria subjetiva.¹⁵¹

§ 50.º El Código Civil de 1966¹⁵², también llamado Código Vaz Serra¹⁵³, en vigor actualmente en Portugal¹⁵⁴, asignó formalmente el modelo de la codificación alemana, incluso en el dominio de la responsabilidad civil. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad obligacional, Vaz Serra montó el sistema fundamentado apenas en la “causa imputable al deudor”, con referencia exclusivamente a la culpa, no especificando los demás presupuestos de la responsabilidad civil. Así, el C.C. vigente consagra, en su artículo 483, número 1¹⁵⁵, la solución de Ihering: la imputación aquiliana en él prevista funciona cuando alguien, con dolo o simple culpa, viole ilícitamente determinadas posiciones jurídicas y, más concretamente, un derecho subjetivo o una norma de protección. No obstante, se verifica manifiestamente un incremento con relación a la adición de las dos partes del § 823 del B.G.B., dado que se hace referencia al “derecho” sin particularizarlo. En lo que toca a la responsabilidad obligacional, el artículo 798 del C.C. portugués prevé la responsabilidad del deudor que falte de manera culposa al cumplimiento de una obligación¹⁵⁶, sin referir específicamente la ilicitud. La ilación que hay que retirar parece inevitable: la “culpa” de este artículo 798 no es la misma “culpa” del mencionado artículo 483, número 1, o del §823.I

¹⁵¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 361-365.

¹⁵² Aprobado por el Decreto-Ley n.º 47344/66, de 25 de noviembre.

¹⁵³ Debido al hecho de estar basado en los estudios preparatorios de Vaz Serra, aunque con alteraciones efectuadas por el entonces Ministro de Justicia, Antunes Varela.

¹⁵⁴ Con la última actualización aprobada por la Ley n.º 150/2015, de 10 de septiembre (publicada en el D.R. n.º 177, Serie I, de 2015-09-10).

¹⁵⁵ Donde se puede leer que «*aquél que, con dolo o mera culpa, violara ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar el perjudicado por los daños resultantes de la violación*».

¹⁵⁶ Estableciendo que «*el deudor que falte de manera culposa al cumplimiento de la obligación se vuelve responsable por el perjuicio que causa al acreedor*».

del B.G.B. (*schuld*); se trata, quizá, de la *faute* del artículo 1382 del *Code Civil*¹⁵⁷, aunque ésta no sea una opinión unánime en la doctrina¹⁵⁸.

§ 51.º De lo expuesto anteriormente se puede concluir que el actual sistema de responsabilidad civil portugués corresponde a un modelo híbrido: la responsabilidad obligacional se inspiraría en el modelo francés, basado en la *faute*, mientras que la responsabilidad aquiliana se cuela al modelo alemán, asentado en la distinción entre la culpa y la ilicitud. Debido a esta constatación, Menezes Cordeiro ha considerado que se invertiría totalmente el movimiento tendiente a abolir las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad¹⁵⁹. No vemos justificación para tal. Es cierto que históricamente, desde la Ley de la XII Tablas, cerca de 450 años a.C., el régimen jurídico de la responsabilidad aquiliana y de la obligacional es distinto, pero la unicidad de la responsabilidad civil es apriorística. En la responsabilidad obligacional, el hecho dañoso es consecuencia de la violación de una obligación previamente constituida y, simultáneamente, del deber más general de «no dañar a otro»; a semejanza de lo que sucede con la responsabilidad aquiliana, en la que también está en causa la infracción del general «*naeminem laedere*». Es decir, el principio que está por detrás de ambos tipos de responsabilidad es el mismo: «no causar daño a los demás», que era ya considerado por los juristas romanos como una de las tres grandes máximas del comportamiento social. Lo que fundamenta la responsabilidad obligacional no es la violación de una obligación previamente constituida por sí sola, sino el hecho de que esta violación causa daño a otro, como sucede con la responsabilidad aquiliana. La diferencia histórica de régimen jurídico es una mera opción legislativa.

¹⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 373-378.

¹⁵⁸ No comparte dicha opinión Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 315- 317), porque en Francia la *faute* tenía apenas relevancia aquiliana y sólo más tarde ha sido extendida por la doctrina a la responsabilidad contractual.

¹⁵⁹ Véase MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 378-381; aunque ya tuvo la opinión contraria, en MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 273 y siguientes.

§ 52.º Otro argumento que aportan los defensores de la duplicidad de la responsabilidad aquiliana y de la responsabilidad obligacional en el actual sistema de responsabilidad civil portugués es el del distinto “tipo de culpa” subyacente en una y en otra, como hemos visto anteriormente. Tampoco este argumento valida la tesis de la falta de unicidad de la responsabilidad civil, en nuestro entendimiento. Aun aceptando que el artículo 798 del C.C., relativo a la responsabilidad obligacional, haya sido influenciado por la *faute* francesa, como defiende Menezes Cordeiro, este concepto encierra una “culpa” muy amplia que abarca los diversos presupuestos de la responsabilidad civil, incluyendo la culpa y la ilicitud, y también lo podemos encontrar en el dominio aquiliano, en el artículo 487, y, en general, en todas las normas que prevén la presunción de culpa¹⁶⁰, tal y como admite el mismo Menezes Cordeiro¹⁶¹. El referido artículo 798, concerniente a la responsabilidad obligacional, postula una clara distinción entre la ilicitud (el incumplimiento de la obligación) y la culpa (la recriminación, con relación al deudor, de ese incumplimiento), la cual no se revela diferente de la contraposición entre la violación del derecho subjetivo y la culpa inserta en el artículo 483. Al contrario de lo que sucede en el sistema francés, el deudor no necesita probar, para librarse de la responsabilidad, que el incumplimiento haya resultado de una causa ajena (hecho del acreedor, caso fortuito o de fuerza mayor), siendo suficiente para tal demostrar que su conducta no ha sido censurable de acuerdo con la diligencia de un «buen padre de familia», lo que corresponde al mismo criterio que vigora para la responsabilidad aquiliana (artículos 799, n.º 2, y 487, n.º 2), verificándose apenas la inversión de la carga de la prueba (artículo 799, n.º 1)¹⁶².

¹⁶⁰ Para MENEZES CORDEIRO, la presunción de culpa no tiene sentido si no involucrar la presunción de la ilicitud, pero sustenta que tal se verifica tanto en el dominio de la responsabilidad obligacional (art. 799, n.º 1) como en el ámbito de la responsabilidad aquiliana (arts. 492, n.º 1, 493, n.º 1, y 503, n.º 1) – en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 380-381.

¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO, A., *Idem*, pág. 378.

¹⁶² Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 316-317.

III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

§ 1.º Tal como hemos dicho en el apartado anterior¹⁶³, la responsabilidad civil, como instituto jurídico, surgió histórica y dogmáticamente ante hechos ilícitos dañosos o delitos (en terminología de Gayo), dando origen consecuentemente a la obligación de indemnizar. Sin embargo, razones históricas y sociales han llevado a que este instituto jurídico fuese expandido a situaciones de responsabilidad sin delito, en los casos de imputación por riesgo e imputación por sacrificio, mientras que la responsabilidad contractual ha sido también contaminada. Por consiguiente, el instituto jurídico de la responsabilidad civil tiene una matriz delictual, siendo la responsabilidad subjetiva extracontractual¹⁶⁴ históricamente la descendiente directa de la *Lex Aquilia*.

§ 2.º Hemos visto además que el *Code Civil* francés, cúmulo de la tradición jurídica anterior a su publicación¹⁶⁵, encierra el principio fundamental de la responsabilidad extracontractual en la gran cláusula general de su artículo 1382, referente a la imputación aquiliana, abarcando la culpa y la ilicitud en el concepto omnicomprendido de *faute*, habiendo la doctrina y la jurisprudencia posteriormente procedido a la labor de reconducir también a este principio general el sistema de imputación obligacional¹⁶⁶. Al contrario del artículo 1382 del *Code Civil*, que estableció una cláusula general a discreción de la jurisprudencia, el B.G.B. alemán configuró tres pequeñas cláusulas de imputación aquiliana (en sus §§ 823, I, 823, II, y 826), retirando la posibilidad de

¹⁶³ Véase el punto 3. Evolución histórica, del anterior cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹⁶⁴ Prevista en los artículos 1902 del C.C. español y 483.1 del C.C. portugués.

¹⁶⁵ El 21 de marzo de 1804.

¹⁶⁶ De cara al referido artículo 1382, la doctrina y la jurisprudencia francesas consideran como condiciones (en su terminología) de la responsabilidad civil: el daño, la relación de causalidad y la *faute*, siendo las dos primeras comúnmente entendidas como condiciones constantes de toda responsabilidad civil y la *faute* como condición típica de la responsabilidad subjetiva - cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., págs. 238-239.

un margen muy amplio de discrecionalidad judicial. De la misma forma, al sistema francés, asentado en la unicidad de los presupuestos de la responsabilidad civil, basados en la *faute*, se contraponen el alemán, de carácter analítico, que apura los diferentes presupuestos, constituyendo la ilicitud y la culpa dos presupuestos distintos de la responsabilidad civil¹⁶⁷. Adicionalmente, el esquema del B.G.B. ha sido encerrado con la exigencia de culpa para la imputación por el incumplimiento de las obligaciones – cfr. a los respectivos §§ 276 y 285.¹⁶⁸

§ 3.º El Código Civil español y el portugués, integrados en los Derechos continentales europeos, de tradición romanista, consagran una cláusula general de responsabilidad civil, en sus artículos 1902 y 483.1 respectivamente, ateniéndose a la responsabilidad extracontractual, en la senda del artículo 1382 del *Code Civil* francés¹⁶⁹; pero el enunciado del artículo 483.1 del C.C. portugués, a diferencia de lo que sucede con el artículo correspondiente del C.C. español, revela una inspiración alemana, al hacer referencia a la ilicitud y a la culpa como dos elementos distintos de la responsabilidad civil. Dado que el artículo 1101 del C.C. español (sobre responsabilidad contractual) respecto al 1902 (sobre responsabilidad extracontractual) del mismo diploma legal, de igual forma que el artículo 798 (sobre responsabilidad contractual) con relación al 483.1 (sobre responsabilidad extracontractual), ambos del C.C. portugués, responden a un principio común de Derecho, el principio de la imputación y del resarcimiento de daños y perjuicios, basado en la culpa, son similares los elementos fundamentales de la responsabilidad subjetiva contractual con referencia a la

¹⁶⁷ Además de la ilicitud y la culpa, se indican usualmente como presupuestos de la responsabilidad civil, ante el § 823, I, del B.G.B.: la conducta humana, el daño y la relación de causalidad entre la conducta y el daño – Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, cit., pág. 247.

¹⁶⁸ Véanse los §§ 39.º y 40.º del punto 3. Evolución histórica, del anterior capítulo II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹⁶⁹ Del mismo modo que el Código Civil italiano, aprobado por el Decreto Real N.º 262 de 16 de marzo de 1942, en su artículo 2.043.

extracontractual¹⁷⁰: el Hecho (acción u omisión), la Ilícitud o Antijuridicidad, la Culpa, el Daño y la Relación o Nexo causal entre el Hecho y el Daño¹⁷¹.

§ 4.º Estos cinco elementos son fundamentales para dar origen a la obligación de indemnizar (aunque la antijuridicidad sea discutible) tan sólo en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, contractual o extracontractual¹⁷². Efectivamente, no se verifican todos estos elementos en caso de otro tipo de responsabilidad (en las diversas situaciones de responsabilidad objetiva, no hay culpa, como puede no haber ilicitud y ni siquiera hecho voluntario como tal). De donde resulta que los únicos elementos indispensables a todos los tipos de responsabilidad son el daño¹⁷³ y la imputación del daño a alguien¹⁷⁴; de modo

¹⁷⁰ En la doctrina española, persiguen esta opinión Díez-Picazo y Gullón (en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II – *Teoría General del Contrato. La Relación Obligatoria en General. Las Relaciones Obligatorias en Particular*, Edit. Tecnos, Madrid, 4.ª Ed., 1986, pág. 620) y Santos Briz (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 25-26); y, en la doctrina portuguesa, la sigue Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 365-367), mientras que Menezes Cordeiro revela dudas (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 432). En la jurisprudencia portuguesa, la sentencia del S.T.J. de 29-05-2014 (Proceso: 124/07.3TBVFC.L1.S1), por ejemplo, también acoge esta doctrina, al afirmar que «la responsabilidad contractual es subjetiva, y supone que se verifiquen los presupuestos de la responsabilidad civil: hecho, ilicitud, culpa, daño (daños emergentes y lucros cesantes) y nexo de causalidad».

¹⁷¹ Algunos autores, como Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 431), consideran artificiales los recortes efectuados, por lo que reducen el número de elementos presentado. Así también lo hace PESSOA JORGE (en *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., págs. 55-57), para quien los elementos de la responsabilidad civil son apenas dos: el acto ilícito (donde cabrían la ilicitud objetiva y la culpabilidad, que se desdoblaría a su vez en la culpa en sentido estricto y en la ausencia de causas de exclusión de la culpa) y el perjuicio reparable (que incluiría el daño y el nexo de causalidad), habiendo que añadir otro, de carácter negativo, que constituye la ausencia de causas de exoneración de responsabilidad.

¹⁷² Esta última también se denomina, en el Derecho portugués, responsabilidad por hechos ilícitos.

¹⁷³ No obstante, si se ha asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar adviniendo el declive de la certidumbre del daño y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la prueba patente del nexo de causalidad [cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 870-871] - véanse, a este respecto, el § 109.º y sigs. del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

¹⁷⁴ Sin embargo, «no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias», es decir, «más que de una imputación personal, se trata aquí de una imputación patrimonial, y la

que solo habría que considerar la ilicitud y la culpa, además de la causalidad, en la imputación por culpa¹⁷⁵. Por ello, hablamos aquí de elementos de la responsabilidad Civil y no de presupuestos, supuestos o requisitos que tienen necesariamente que verificarse para que se constituya la obligación de indemnizar, como los llaman otros autores.

§ 5.º Como hemos referido anteriormente, el Código Civil español, en su cláusula general de responsabilidad civil del artículo 1902, en la senda del artículo 1382 del *Code Civil* francés, no menciona expresamente la ilicitud o antijuridicidad de la conducta como requisito necesario para que tenga lugar la responsabilidad civil, a diferencia de lo que sucede con los Códigos Civiles de inspiración alemana, como el portugués (en su artículo 483.1). Para la doctrina tradicional española¹⁷⁶, ha de entenderse que el artículo 1902 del respectivo C.C. constituye un amplio tipo “en blanco”, que si no hace mención a la antijuridicidad es porque, en principio, todo acto u omisión que cause un daño a tercero se presume antijurídico, dejando apenas de serlo cuando concurra a su favor una causa de exclusión de la ilicitud – como lo pone de relieve la jurisprudencia interpretativa del referido texto legal¹⁷⁷. Para otros autores¹⁷⁸, en materia de responsabilidad contractual la cuestión se presenta con bastante sencillez: preexistiendo una obligación entre las partes, el hecho generador de la responsabilidad civil es siempre un hecho ilícito, en la medida en que consiste

teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de riesgos, entre los que la culpa no es más que uno de los criterios empleados para ello (DE COSSIO, A., “La causalidad en la responsabilidad civil: estudios de derecho español”, en *A.D.C.*, 1966, pág. 528).

¹⁷⁵ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 74; y MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., cit., págs. 280-282.

¹⁷⁶ Aquí representada por PUIG PEÑA, F., (en *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo IV – *Contratos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 3.ª Ed., 1976, pág. 429) y SANTOS BRIZ (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 28-34).

¹⁷⁷ La jurisprudencia española ha incluido reiteradamente la antijuridicidad o ilicitud entre los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad extracontractual, completando el citado art. 1902. Por ej., en la S.T.S. de 10 de octubre de 1968 (Roj: STS 2819/1968) o en la de 25 de octubre de 1968 (Roj: STS 2782/1968) se indica que «para que pueda ser estimada la responsabilidad civil extracontractual, es necesaria la concurrencia de diversos requisitos o supuestos, integrados por la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta».

¹⁷⁸ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, cit., págs. 620-621.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor y una falta de cumplimiento de la propia obligación, que aquél sanciona; mientras que en el campo extracontractual, es imposible encontrar una serie de normas que minuciosamente obliguen a una conducta para no causar daño a tercero, como sucede en el Derecho Penal, donde las conductas sancionadas están plenamente tipificadas en la ley. En otro extremo, encontramos autores¹⁷⁹ para quienes la antijuridicidad no es un elemento autónomo de la responsabilidad civil, en el ordenamiento jurídico español, por una parte, debido al hecho de que la responsabilidad puede nacer como consecuencia del desarrollo de actividades lícitas; y, por otra, dado que la acción u omisión dolosa o negligente del dañante, es decir, el desvalor de su conducta, se inscribe en la imputación subjetiva y no podría, en ningún caso, considerarse un requisito general del Derecho de daños (habida cuenta de que la culpabilidad no lo es)¹⁸⁰. Se puede decir que, si no hay alusión en el C.C. español a la antijuridicidad, acaso sea porque se ha pretendido encajar este elemento en el de la culpa, ya que el artículo 1902 del mismo C.C. no indica que haya de intervenir la antijuridicidad, pero sí la culpa o negligencia. La antijuridicidad funcionaría, así, como coelemento de la imputación subjetiva, a menudo en casos de conductas omisivas, particularmente cuando sobre el sujeto eventualmente responsable pesa un deber de información, de seguridad o de vigilancia; o para impedir la imputación objetiva en determinados casos, como de legítima defensa, de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad; o, aun, para afirmar que la obligación de indemnizar un daño tiene su límite allí donde éste es consecuencia del uso no abusivo por el causante de su propio derecho («*qui iure suo utitur naeminem laederet*»)¹⁸¹. Sin embargo, al hablarse de antijuridicidad no debe importar la imputabilidad del hecho al autor; sino sólo

¹⁷⁹ Como Pantaleón Prieto (en PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, inserido en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1993 y sigs.), Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 157 y sigs.) y Reglero Campos (en REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 76-77) – con los que no estamos de acuerdo.

¹⁸⁰ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 77.

¹⁸¹ Cfr. al artículo 7.2 del C.C. español y al artículo 334 de C.C. portugués.

la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad: leyes, costumbres, principios dimanantes del sistema, etc.¹⁸². En este sentido, Reglero Campos¹⁸³ distingue, por un lado, la acepción subjetiva de la antijuridicidad, que concierne a la valoración de la conducta humana, en términos de la cual la antijuridicidad no es un presupuesto autónomo de la responsabilidad por daños, en el ordenamiento español; y, por otro, la acepción objetiva de la antijuridicidad, que corresponde a la determinación de los intereses merecedores de tutela jurídica. En esta concepción objetiva, considera que la antijuridicidad constituye un elemento indispensable de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que el Derecho de daños español consiste en un sistema atípico y abstracto, en el que cualquier daño puede ser resarcido siempre que sea jurídicamente relevante¹⁸⁴. Concluye, así, que la antijuridicidad se configura

¹⁸² Para Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 157 y sigs.), decir que la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad (leyes, costumbres, principios dimanantes del sistema...) o que lo antijurídico está en el mismo acto de dañar a otro, salvo que concurra una causa de justificación, es esconder algo mucho más sencillo: todo daño no justificado debe ser reparado por quien lo causa (añadiendo que, con frecuencia, un sujeto es llamado a responder por una conducta que en sí misma es considerada absolutamente lícita – como, por ejemplo, en la actividad de la navegación aérea, se haya de responder incluso cuando el accidente se haya originado por un suceso fortuito). Para este autor, resultan rechazables los diferentes intentos de dar una descripción del elemento de la antijuridicidad que lo conviertan en algo diferenciado – a saber: que un daño sea ilícito cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva; que el daño sea antijurídico cuando lesiona un derecho subjetivo absoluto de otro o cualquier interés jurídicamente protegido (o, simplemente, “merecedor de tutela”) ajeno; y, finalmente, colocando el énfasis (¡y bien! – decimos nosotros) no en el daño sufrido por la víctima, sino en la conducta del agresor, que la ilicitud se encuentra en la violación de los deberes de corrección social, que constituyen la elemental *norme de civilité*, el presupuesto de convivencia sobreentendido, por lo que no están descritas en la ley. Este autor declina los dos primeros argumentos, por insuficientes, y el último, porque no le acaba de convencer; concluyendo que «no hemos encontrado con todo ello un elemento nuevo y distinto de la responsabilidad civil» - lo que no compartimos.

¹⁸³ Tal y como Pantaleón Prieto (en PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, cit., págs. 1993 y sigs.) e Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 157 y sigs.).

¹⁸⁴ La prueba de que la antijuridicidad, en el sentido objetivo, forma parte del sistema de Derecho de daños es la presencia de problemas relacionados con ella en la práctica, máxime en un ordenamiento (como el español) en el que se verifica la ausencia de una delimitación legal del conjunto de derechos e intereses jurídicamente tutelados por las normas de responsabilidad civil. En efecto, esta problemática se levantó en relación con derechos de la personalidad, como la integridad física, en el caso de la *wrongful life*, habiendo el T.S. español considerado ya indemnizable el daño causado a la persona que no puede llevar una vida autónoma por sus malformaciones congénitas y a cuyos padres no se ha informado de su presencia durante la etapa de gestación [en la S.T.S. de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724)], pero no en otras

como un presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual de marcado carácter objetivo, como contravención del interés digno de tutela.¹⁸⁵

§ 6.º En suma, los cinco elementos de la situación jurídica en estudio que pueden verificarse para dar origen a la obligación de indemnizar en el ámbito de la responsabilidad civil en general¹⁸⁶ son los siguientes: el hecho (acción u omisión), la ilicitud o antijuridicidad, el criterio de imputación del hecho al responsable (que puede ser la culpa o el riesgo), el daño y la relación o nexo causal entre el hecho y el daño. Veamos uno por uno a continuación:

1. El hecho

§ 7.º El primer elemento de la responsabilidad civil es el hecho como comportamiento humano que subyace a la imputación. Para determinar qué es el hecho, para efectos de responsabilidad civil, cabe preguntar si el Derecho considera relevante la conducta del agente o el resultado a que ella haya conducido¹⁸⁷. De acuerdo con el enfoque tradicional sobre esta materia, dado por Larenz y Canaris, para el Derecho civil sería apenas relevante el desvalor del resultado, dado que sólo provocaría daños la conducta que atingiera el bien

ocasiones [como la S.T.S. de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 5572) y la S.T.S. de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 24)]. También así sucede con la cuestión de la resarcibilidad de los daños derivados del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad o con la lesión del interés de un progenitor en conocer la veracidad acerca de la filiación natural de quien ha reconocido como su hijo – intereses ambos que, hasta el momento, no se han considerado tutelables a través del Derecho de daños [cfr. a la S.T.S. de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726)]. Asimismo, ha planteado dudas la viabilidad del resarcimiento de los daños al interés de una persona física en el mantenimiento de su entorno ambiental sin ruidos excesivos o sin la denominada contaminación estética o visual, por ejemplo, a causa de la construcción de vías férreas o instalaciones aeroportuarias [cfr. a la S.T.S. de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431)]. Finalmente, es tradicional el debate consistente en determinar quiénes son los parientes y allegados mercedores de indemnización por los daños indirectos derivados de la privación de la vida o lesión a la integridad física de la víctima.

¹⁸⁵ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 76-81.

¹⁸⁶ Lo que no significa que estén todos siempre presentes, como hemos visto antes.

¹⁸⁷ Discusión que se ha llevado a cabo en la doctrina alemana.

jurídico protegido. Sin embargo, esta tesis ha encontrado dos obstáculos: por un lado, las conductas conformes a los deberes de tráfico jurídico que, todavía, se revelen dañosas; y, por otro, los daños meramente indirectos. Surge, entonces, la teoría del desvalor de la conducta, según la cual estaría siempre en causa un comportamiento humano, en la medida en que sólo éste puede contundir con los deberes de conducta impuestos por el Derecho. La doctrina más reciente apela a una solución a medio camino entre las dos anteriores: en las violaciones inmediatas de bienes jurídicos, importa el resultado; estando en causa tan sólo atentados negligentes o violaciones del deber de cuidado, hay que examinar la conducta¹⁸⁸.

§ 8.º Para que pueda haber imputación, y por lo tanto responsabilidad civil, tiene que haber imputabilidad, lo que exige que el agente tenga efectivamente la capacidad de entender y de querer para su autodeterminación, ya que el Derecho considera que la persona humana es libre por naturaleza, salvo en los casos de inimputabilidad. No tendrá capacidad de entender, si el agente no tiene la posibilidad de aprehender el significado de sus actuaciones, por falta o deficiencia de sus capacidades cognitivas, naturales (por menoría de edad o deficiencia mental) o artificiales (debido a alcohol o drogas); faltará la capacidad de querer en caso de que el agente, por constricciones externas (como la coacción física), no disponga de libertad¹⁸⁹. En el C.C. español no existen normas expresas sobre inimputabilidad, sino meramente indirectas: la inimputabilidad se deriva de la atribución directa de responsabilidad por los hechos dañosos de los inimputables a ciertas personas que se encuentren respecto de ellas en una determinada relación, como, por ejemplo, a los padres acerca de los hijos que se encuentren bajo su guarda o a los tutores en relación a los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su

¹⁸⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 437-439.

¹⁸⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 439-440.

compañía (art. 1903). El C.C. portugués presume que todas las personas son imputables, aunque se hayan colocado transitoriamente en un estado de inimputabilidad, violando deberes de cuidado, salvo los menores de siete años y los interdictos por anomalía psíquica, relativamente a los cuales se presume la inimputabilidad (art. 488).

§ 9.º Así, como manifestación de la autodeterminación del agente, se considera, en la estela de Larenz¹⁹⁰, que el hecho tiene que ser voluntario, en el sentido de que el comportamiento humano sea objetivamente controlable por la voluntad, pues únicamente respecto de los hechos voluntarios cabe la idea de ilicitud y de culpa y la obligación de reparar el daño. Por consiguiente, quedan fuera del ámbito de la responsabilidad civil (*hoc sensu*) todos los hechos objetivamente incontrolables por la voluntad humana, como sean el caso fortuito o de fuerza mayor (por ejemplo, una explosión, un ciclón o una chispa) o aquellos hechos relacionados con estados de falta de consciencia o de dominio de la voluntad (como sucede en los casos de utilización de coacción)¹⁹¹. No obstante, para fundamentar la responsabilidad civil es suficiente la posibilidad de control del comportamiento humano, no siendo necesaria una conducta predeterminada u orientada para un determinado fin (puede tratarse de un automatismo). En realidad, lo que generalmente está en causa, en el campo de la responsabilidad civil, son «puras acciones de hecho» (*faktische Handlungen*), practicadas sin ningún intuito declarativo, como agresiones físicas, apropiaciones ilícitas o intromisiones en bienes jurídicos ajenos, por ejemplo¹⁹². En suma, no se exige que se trate de hechos humanos intencionales, es decir, de conductas cuyos resultados se hayan previamente deseado o apenas previsto, sino de resultados

¹⁹⁰ Así, Santos Briz (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., pág. 26), Ribeiro de Faria (en RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 413) y Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 529).

¹⁹¹ Cfr. RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 414; y MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 296.

¹⁹² Cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 529.

con los cuales el agente debió contar¹⁹³. Por otro lado, no está totalmente excluida la responsabilidad de las personas que, por falta de capacidad de ejercicio de derechos, no tengan una voluntad jurídicamente relevante en el campo de los negocios jurídicos, contando que posean capacidad natural de entender y de querer, es decir, desde que sean imputables.¹⁹⁴

§ 10.º El hecho voluntario del agente puede revestir una de dos formas: una acción o una omisión dañosa. La acción es un hecho positivo (*facere*)¹⁹⁵, que comporta la violación de un deber genérico de abstención o de no intromisión en la esfera jurídica de otra persona, titular del correspondiente derecho absoluto, a la cual ocasione daños. La circunstancia de que el hecho generador de responsabilidad sea, por norma, un hecho positivo o una acción (y no una omisión) resulta de la constatación de que, fuera del dominio contractual, las personas están en la mayoría de las veces obligadas, en el fuero del Derecho privado, a abstenerse de la práctica de actos que puedan dañar su semejante y no a practicar actos positivos de cooperación con él¹⁹⁶; pero, en el ámbito contractual, el incumplimiento puede consistir en haber hecho lo que se debió omitir - la obligación de omisión prevista en los arts. 1.088 y 1.099 del C.C. español.

§ 11.º Por el contrario, la omisión consiste en un hecho negativo (*non facere*)¹⁹⁷, que ocasione daños. En este caso, la imputación al agente exige que el mismo tenga un deber específico de practicar el acto omitido que, segura o

¹⁹³ Hay numerosos casos en que no existe siquiera la representación mental de los efectos de la conducta del agente, como sucede en la negligencia inconsciente, pero los hechos dañosaos practicados por distracción o por falta de autodominio normal no dejan de generar responsabilidad civil, porque el agente debió contar con ellos, según la previsión humana.

¹⁹⁴ Cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 529; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 558; y SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 26-27.

¹⁹⁵ Por ejemplo, la destrucción de cosa ajena, una afirmación difamatoria o la usurpación de un nombre.

¹⁹⁶ Véanse a respecto de la acción: ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 527-528; y ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 558.

¹⁹⁷ Cfr. al art. 1.098 del C.C. español.

muy probablemente, habría impedido la consumación del daño, según la fórmula de Larenz. Efectivamente, si existe un deber genérico de no dañar los derechos ajenos («*naeminem laedere*»), ya no existe un correspondiente deber genérico de evitar el acaecimiento de daños para otro, que multiplicaría considerablemente las intromisiones en la esfera jurídica ajena, lo que haría la vida en sociedad imposible. Así, para que alguien sea responsable por omisión por los daños sufridos por otro se exige, además de los restantes requisitos de la responsabilidad, un deber específico que se imponga sobre él, volviéndolo garante de la no ocurrencia de esos daños¹⁹⁸. Este deber específico de practicar el acto omitido puede resultar de un contrato, cuando alguien se obliga por ejemplo a vigilar un enfermo mental para evitar que éste se suicide, o ser impuesto por ley (cfr. estipula el artículo 486 del C.C. portugués)¹⁹⁹, como en el supuesto de los padres respecto a los hijos que se encuentren bajo su guarda o de los tutores acerca de los menores o discapaces que se hallen bajo su autoridad y que habiten con ellos (cfr. a los artículos 1903 del C.C. español y 491 del C.C. portugués). En el Derecho alemán, a partir de imposiciones legales semejantes (como la del § 836 del B.G.B.), se desarrolló la doctrina de los llamados «deberes de seguridad del tráfico» o «deberes de prevención del peligro delictual», que ha permitido extender bastante la responsabilidad por omisión, más allá de los casos legalmente previstos. Según esta doctrina, siempre que alguien posea cosas o ejerza una actividad que se presenten como potencialmente susceptibles de causar daño a otro, tiene igualmente el deber de

¹⁹⁸ Relativamente a la responsabilidad contractual, la conducta del agente se traduce casi siempre en una omisión: la de no realizar la prestación (de la cosa o del hecho positivo) debida. En lo que toca a la responsabilidad extracontractual, se pueden señalar los casos de la madre que no da de comer a su hijo, del profesor de natación que no acude a su alumno que se está ahogando o del automovilista o ciclista que no enciende las luces de su vehículo durante la noche, de donde resulta la muerte de la víctima (cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 528).

¹⁹⁹ Almeida Costa considera que, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, el referido deber específico también puede resultar de relaciones contractuales de hecho (como aquéllas que derivan de contratos nulos – supongamos que el contrato celebrado entre el alumno y el profesor de natación es nulo: aun así este último se encuentra en una posición de garante en relación al primero); bien como del ordenamiento jurídico en general, por lo que el deber legal de practicar el acto omitido tanto puede resultar de la ley civil como de la ley penal - ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 560.

tomar las precauciones necesarias para precaver el acaecimiento de daños, pudiendo responder por omisión en caso de que no lo haga (por ejemplo, si cae una rama de un árbol seco provocando daños, el propietario es responsable por no lo haber cortado; o, si un niño hiere otro con una arma de caza, el dueño puede ser responsabilizado por haberla dejado en local accesible)²⁰⁰. Por ello, las cosas o actividades peligrosas, que se encuentren en el ámbito de control del agente, delimitan un campo específico de imputación, donde la ocurrencia de daños lo sujeta a responsabilidad por omisión²⁰¹. Así que tenemos, fundamentalmente, dos tipos de situaciones: las situaciones de negligencia, en las cuales el bien jurídico protegido es vulnerado no por una verdadera acción destinada directa, necesaria o eventualmente a ello (dolo), sino por la inobservancia de determinados deberes de cuidado que se imponían; y las situaciones de deberes de tráfico, esto es, de deberes que protegen determinados bienes delicados o que se sobreponen a quienes tengan el control de las fuentes de peligro. En las primeras, se observa que la omisión está determinada por la violación, por parte del agente, del deber jurídico de «no dañar a otro»; y, en las segundas, se denota una construcción derivada de la responsabilidad aquiliana, que puede integrar la denominada “Tercera Vía”²⁰².

²⁰⁰ La jurisprudencia portuguesa, tal como la doctrina (véase, ejemplificadamente, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 571), ha reconocido expresamente ya el «deber de prevención del peligro delictual», según el cual «sobre cada uno de nosotros recae el deber (general) de no exponer los demás a más riesgos o peligros de daño que los que sean, en principio, inevitables» [cfr. a la sentencia del S.T.J. de 08-07-2003 (Proceso: 03A2112)]. En este sentido, la sentencia del S.T.J. de 06-07-2004 (Proceso: 04A2070) ha responsabilizado a la Federación Portuguesa de Fútbol por «no haber impuesto (...) todas las medidas especiales de seguridad reconocidamente adecuadas a la situación concreta –se trataba de un partido de alto riesgo, en un estadio cuyas condiciones no fueron pensadas para las exigencias de seguridad que los tiempos actuales imponen– (...), de modo a impedir la introducción de objetos susceptibles de posibilitar actos de violencia, como eran los “very light”», que ocasionaron la muerte a un espectador.

²⁰¹ MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 296-298.

²⁰² Véanse, acerca de la omisión, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 437; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 558-560; y ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 528. Sobre la “Tercera Vía”, véanse los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

§ 12.º La responsabilidad subjetiva se asienta siempre, en su totalidad o en parte, sobre un hecho de la persona obligada a indemnizar. En la responsabilidad objetiva, el daño reparable puede proceder, tanto del hecho perpetrado por la persona del responsable, como del hecho practicado por tercero, de hechos naturales o incluso de hechos cometidos por el perjudicado mismo (como sucede, por ejemplo, en un accidente de trabajo causado por el mismo obrero, sin culpa grave).²⁰³

2. La ilicitud o antijuridicidad

§ 13.º El comportamiento dañoso, es decir, el hecho voluntario que ocasiona daños, en el ámbito de la responsabilidad subjetiva²⁰⁴, contractual o extracontractual, en principio, sólo obliga a su resarcimiento habiendo ilicitud o antijuridicidad, la cual radica en la contradicción con el Derecho. La ilicitud constituye, así, un juicio de desvalor atribuido por el orden jurídico. La duda que se coloca reside, todavía, en determinar si ese juicio de desvalor se refiere a la conducta del agente (teoría del desvalor del hecho), o si, por el contrario, incide sobre el resultado de la misma (teoría del desvalor del resultado). Esta última ha sido durante mucho tiempo mayoritariamente defendida, en virtud de la influencia de la doctrina de la acción causal. De acuerdo con esta concepción, el desvalor del resultado causado por la acción (por ejemplo, la muerte de la víctima) comporta la verificación del requisito de la ilicitud, siendo el agente responsabilizado si su comportamiento es culposo. No obstante, esta solución fue posteriormente puesta en tela de juicio, en la medida en que calificaría como

²⁰³ Véase ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 527. Sobre el caso fortuito y la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la conducta del perjudicado, véanse respectivamente los apartados a) Caso fortuito y fuerza mayor, b) Hecho de un tercero y c) Conducta del perjudicado, pertenecientes al punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente capítulo.

²⁰⁴ Como hemos dicho anteriormente, en los casos de responsabilidad objetiva, el hecho no tiene que ser ilícito, para fundamentar la responsabilidad civil.

ilícitas conductas perfectamente acordes con el tráfico jurídico, solo porque se revelan adecuadas en términos causales para producir el resultado. Estas objeciones llevaron a la defensa de un concepto de ilicitud asentado en el desvalor del hecho: la ilicitud no se determina en relación al resultado, sino que presupone antes una evaluación del comportamiento del agente. De acuerdo con la doctrina de la acción final, la ilicitud se ajuicia a través de la prosecución de un fin no permitido por el Derecho (la intención de practicar la lesión, en el ilícito doloso, o la violación del deber objetivo de cuidado, en el ilícito negligente). Por consiguiente, no hay ilicitud siempre que la conducta del agente, a pesar de representar una lesión de bienes jurídicos, no prosiga cualquier fin prohibido por ley (las intervenciones médicas efectuadas de acorde con las «*leges artis*», por ejemplo, no pueden ser consideradas ilícitas). Por ello, la lesión de bienes jurídicos sólo es inmediatamente constitutiva de ilicitud en el caso del agente haber actuado con dolo; si la actuación es meramente negligente, no se revela suficiente la simple lesión de bienes jurídicos, habiendo que añadir la violación del deber objetivo de cuidado por parte del agente.²⁰⁵

§ 14.º En conclusión, la ilicitud o antijuridicidad constituye un juicio de desvalor sobre la conducta voluntaria del agente en sí misma²⁰⁶, en virtud de ser ésta contraria a una norma jurídica, sea en sentido propio (violación de una norma jurídica primaria destinada a proteger el derecho o bien jurídico lesionado), sea en sentido impropio (contravención del deber genérico «*alterum non laedere*»)²⁰⁷. Así, lo antijurídico consiste en la violación de normas que

²⁰⁵ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 299-300.

²⁰⁶ La ilicitud nunca es un juicio sobre el resultado (el daño), sino sobre su causa (el hecho), por lo que no se puede colocar la valoración en el daño, calificándolo como “daño injusto” (cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 532) – tal y como lo hacen Reglero Campos, defendiendo que debe entenderse por “daño injusto” aquel que la víctima no tiene el deber de soportar porque afecta a un derecho jurídicamente tutelable (en REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 71), o el Código Civil italiano de 1942 (en su artículo 2.043), el cual suscitó interpretaciones divergentes en Italia.

²⁰⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 71.

impongan una conducta²⁰⁸, pero también en la contravención del principio «*alterum non laedere*», el cual es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, siendo fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible - lo que vale tanto para la responsabilidad extracontractual como para la contractual. En el campo contractual, el hecho generador de la responsabilidad civil es siempre un hecho ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico al darse una violación del derecho del acreedor y una falta de cumplimiento de la propia obligación preexistente entre las partes o de un especial deber de conducta, que aquél sanciona.²⁰⁹

§ 15.º El juicio de desvalor que constituye la ilicitud se traduce en la inobservancia o desobediencia de un deber jurídico. Sin embargo, el juicio de desvalor en causa en la ilicitud no es apenas resultante de una desconformidad objetiva de la conducta del agente con el deber jurídico, sino que hay que apreciar factores subjetivos o factores considerados por el Derecho con relación al agente para determinar la ilicitud de su conducta. El deber jurídico infringido, que en última instancia es un deber genérico de cuidado exigible en el comercio jurídico²¹⁰, deberá concretarse como tal en la esfera jurídica del obligado, lo que puede depender de factores diversos, como la cognoscibilidad (o conocimiento presumido) o el conocimiento (efectivo) del derecho de otro relativamente al cual se perfile ese concreto deber. Si los derechos absolutos son cognoscibles por naturaleza, debido a la publicidad espontánea que resulta de la corporeidad sobre la que inciden (una persona, una cosa), además de la publicidad registral;

²⁰⁸ Estas normas pueden resultar tanto de la ley como de un contrato, una vez que las cláusulas contractuales son ley en el ámbito contractual. Por ejemplo, la empresa suministradora de energía eléctrica ha de cumplir las disposiciones legales o contractuales (del contrato de concesión de servicios públicos) sobre protección de los cables que la transportan para evitar daños.

²⁰⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, cit., págs. 620-621.

²¹⁰ Según una larga corriente doctrinaria que tuvo su exponente máximo en Nipperdey (cfr. RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 415).

ya lo mismo no sucede, por norma, con los derechos de crédito, dado que, con relación a éstos, la concretización del deber general de respeto por terceros depende del conocimiento del derecho de crédito de que se trate.²¹¹

§ 16.º Abandonando por completo el terreno de la valoración de las conductas, al que corresponde una acepción subjetiva de la antijuridicidad, se lleva a este término al campo de la determinación de los intereses merecedores de tutela jurídica, concerniente a una acepción objetiva de la antijuridicidad. Fue Ihering, en su obra de 1867, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*²¹², el que por primera vez formuló esta concepción objetiva de la antijuridicidad, como algo substancialmente diverso del concepto de culpabilidad. La antijuridicidad objetiva constituye el juicio de desvaloración («*Unwerturteil*») sobre el resultado objetivo del comportamiento dañoso, porque lesionó un derecho subjetivo o un interés jurídicamente relevante²¹³, mientras que la culpabilidad deriva del ulterior juicio de reproche sobre el autor del acto. Se dice que esta concepción objetiva de la antijuridicidad confunde a la antijuridicidad con el daño. Para Reglero Campos²¹⁴, la afirmación tiene la misma eficacia negadora de la existencia del supuesto antijuridicidad como la que tendría una observación respecto de la concepción subjetiva que negase su existencia en sede penal, ya que se confunde con la conducta. Es posible no utilizar la expresión “antijuridicidad” para referirse a este problema, obviamente, pero entonces será preciso manejar cualquier otra [«intereses protegidos», en los términos del art. 2:102 de los Principles of European Tort Law (P.E.T.L.); o «daño relevante», definido como la vulneración de un derecho conferido por la ley o de un interés digno de protección, como consta en el art. IV.2:101.1 del Draft Common Frame of

²¹¹ Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I*, cit., págs. 295-297.

²¹² *El Momento de la Culpa en el Derecho Privado Romano*.

²¹³ De esta manera, conductas consideradas lícitas en sí mismas (como, por ejemplo, conducir, cazar, construir, escribir, prestar un servicio profesional lícito, etc.) son susceptibles, sin embargo, de generar daños en la esfera jurídica ajena que pueden ser calificados como antijurídicos. Para ello, el daño fruto de aquellas actividades – independientemente de que sean lícitas o ilícitas – ha de estar constituido por la lesión de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido.

²¹⁴ En REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 80.

Reference (D.C.F.R.)], cuya adecuación sería igualmente discutible y, si vale en algo el argumento, de mucha menor raigambre histórica.

§ 17.º Como hemos visto anteriormente²¹⁵, muchos autores dudan de la justificación y del sentido de la ilicitud o antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad civil, por totalmente inútil o por extremadamente peligroso: inútil, en la medida en que ilicitud sería meramente sinónimo de hecho que viole o ofenda los derechos de otro; peligroso, porque el término «ilicitud» sugiere la idea de hecho prohibido, reprobable o condenado, idea esa que constituiría la persistencia de la tesis de Chironi, que señala al deber de indemnizar una función de “reacción” o de “represión” contra la ilicitud. Efectivamente, no es así. Por un lado, ilicitud y violación del derecho de otro no son dos expresiones sinónimas, siendo esta violación apenas una de las formas que la ilicitud puede revestir. La ilicitud traduce, eso sí, el reproche de la conducta del agente, en el plano general y abstracto en que la ley se coloca. En cuanto violación de un comando general, la ilicitud posee aun un interés especial en el caso particular de las omisiones: sólo actúa ilícitamente quien tenía el deber de actuar y no ha actuado, como hemos dicho acerca de la omisión²¹⁶. Por otro lado, la función preventiva o punitiva de la responsabilidad civil, que subyace a los requisitos de la ilicitud y de la culpa, está subordinada a su principal función reparatoria o compensatoria, sin detrimento de que aquella función desempeñe un papel secundario o complementario²¹⁷.

§ 18.º Sin embargo, no siempre la previsión de la ilicitud del hecho surge tipificada a nivel legislativo, en los diversos sistemas de responsabilidad civil. Tal y como hemos verificado, en el dominio del Derecho comparado, existe una contraposición entre los sistemas de inspiración francesa, como el español, en

²¹⁵ En el § 5.º del presente capítulo.

²¹⁶ En el § 11.º de este mismo capítulo.

²¹⁷ Como hemos visto en el punto 2. Imputación y resarcimiento de daños y perjuicios, del anterior cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Véase ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 542-544.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

los que no se determina a través de la legislación cuáles los bienes jurídicos cuya lesión implica responsabilidad, reemplazando la resolución de esta cuestión para la apreciación del juzgador, y los sistemas de índole alemán, como el portugués, que proceden por vía legislativa a la enumeración de los bienes jurídicos tutelados. En la senda del artículo 1382 del C.C. francés, el ordenamiento jurídico español, en la gran cláusula general de responsabilidad civil del artículo 1902 de su C.C., apenas exige la causación de daño a otro con la intervención de cualquier género de culpa o negligencia, no haciendo expresamente mención a la ilicitud o antijuridicidad de la conducta del agente, como requisito necesario de la responsabilidad subjetiva. Como hemos dicho más atrás, se ha entendido tradicionalmente que el referido artículo 1902 se trata de un amplio tipo “en blanco”, que si no hace mención a la antijuridicidad es porque, en principio, todo acto u omisión que cause un daño a tercero se presume antijurídico, dejando apenas de serlo cuando concurra a su favor una causa de exclusión de la ilicitud. Ya en el ordenamiento jurídico portugués, el legislador siguió claramente el segundo sistema, estableciendo en el artículo 483 de su C.C. una cláusula general limitada de responsabilidad civil, correspondiente a la suma del § 823 I y II del B.G.B., aunque con una fórmula ampliada, porque no se refiere apenas a determinados derechos como el C.C. alemán, sino a todo y cualquier derecho subjetivo. En esta cláusula general limitada, existe una referencia expresa a la exigencia de ilicitud del hecho practicado por el agente para que tenga lugar la responsabilidad subjetiva; ilicitud esa que, según el mencionado artículo 483, puede consistir en la violación del derecho de otro²¹⁸ o de cualquier disposición

²¹⁸ Los derechos subjetivos ajenos a que se refiere el art. 483.1 del C.C. portugués constituyen, esencialmente, derechos absolutos (una vez que la lesión de los derechos de crédito por el deudor da lugar a la responsabilidad contractual, prevista en el art. 798 del mismo C.C.), como el derecho a la vida, a la integridad física y moral o a la libertad; además de los derechos reales, nominadamente la propiedad (en donde se incluye la propiedad industrial); de los derechos de personalidad, como el derecho al nombre, a la propia imagen o a la intimidad personal y familiar (independientemente de se saber si son auténticos derechos subjetivos); y de los llamados derechos familiares patrimoniales (la tutela de los derechos familiares de naturaleza personal, como el derecho a la fidelidad conyugal o el ejercicio de la patria potestad, no se efectúa por vía de la obligación de indemnizar) – cfr. Ribeiro de Faria (en RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 416-417); Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 533-535); Almeida Costa (en ALMEIDA COSTA, M. J.,

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

legal destinada a proteger intereses ajenos²¹⁹, surgiendo además en otros lugares del mismo Código Civil previsiones específicas relativas a comportamientos ilícitos tipificados, como el abuso del derecho (en el artículo 334), la no renuncia recíproca en caso de colisión de derechos (en el artículo 335), la ofensa del crédito o del buen nombre (en el artículo 484) o la prestación de consejos, recomendaciones o informaciones (en el artículo 485).²²⁰

Direito das Obrigações, cit., pág. 562); y Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 301-305), que señala que la indemnización se limita a la frustración de las utilidades proporcionadas por uno de estos derechos subjetivos específicos, no estando admitida la tutela de los daños puramente patrimoniales, en lo que coincide con Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 445-448).

²¹⁹ Se tratan de normas jurídicas dirigidas a la defensa de intereses particulares (bien exclusivamente o bien conjuntamente con el interés público), sin atribuir correlativamente cualquier derecho subjetivo (porque no atribuyen al titular de esos intereses el aprovechamiento de un bien en exclusivo), las cuales se designan por normas de protección. Se encuentran, entre ellas, normas del Derecho penal, primario o secundario, así como del Derecho contravencional – por ejemplo, normas aduaneras destinadas a proteger la industria nacional, normas relativas al exceso de velocidad destinadas a proteger la seguridad pública o normas sanitarias destinadas a proteger la higiene pública. Dado que constituyen comúnmente normas que tienen en vista evitar peligros abstractos, el art. 483.1 del C.C. portugués, en lo que toca a la ilicitud por violación de normas de protección, con una clara inspiración alemana, pretendió restringir su ámbito de aplicación, para impedir que cualquier persona que considerase que, por inobservancia de estas normas, había sufrido daños (en este caso, daños patrimoniales puros, una vez que ocurren sin que haya habido la violación de un derecho subjetivo), pudiese reclamar una indemnización, por lo que ha fijado los presupuestos necesarios para su aplicación, que la doctrina concretó en general del siguiente modo: en primer lugar, que se esté ante una norma jurídica que imponga una conducta y el comportamiento del agente sea, por acción u omisión, desacorde con tal norma de conducta; en segundo lugar, que se trate de una norma que tutele determinados intereses particulares, y no de una norma de interés general o público, que apenas de forma refleja proteja intereses particulares (por ejemplo, si una ley prohíbe determinada importación con la finalidad de evitar la salida de divisas o para restringir el consumo privado, apenas de forma refleja protege la industria nacional); y, por último, que a través de la conducta del agente sean vulnerados precisamente los intereses particulares protegidos por la norma. - Cfr. Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 536-542); Almeida Costa (en ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 563); Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 305-307); Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 448-453); y Santos Júnior (en SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I*, cit., págs. 297-299).

²²⁰ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 298-300.

§ 19.º El abuso del derecho²²¹ constituye una conducta antijurídica²²², susceptible de generar la obligación de indemnizar siempre y cuando cause daño a tercero²²³, desde que se verifiquen los demás requisitos de la responsabilidad civil²²⁴. El normal ejercicio del propio derecho no es ilícito, por el contrario, se trata de una actuación fundada en una permisión legal; lo que no está amparado por la ley es todo comportamiento que, por acción u omisión, sobrepase manifiestamente²²⁵ los límites normales del ejercicio de un derecho, según las circunstancias del caso²²⁶, porque vulnera su atribución sustancial, funcional o teleológica, aunque respetando la estructura formal del derecho. En el ámbito de la responsabilidad civil, la previsión legal del abuso del derecho posee dos funciones: la primera es la de limitar las posibilidades de exclusión de la ilicitud por parte de quien ejerce un derecho subjetivo propio y la segunda es la de establecer el carácter ilícito del comportamiento que suponga el anormal ejercicio del propio derecho, funcionando así como una pequeña cláusula

²²¹ Previsto en el artículo 7.2 del C.C. español y en el artículo 334 de C.C. portugués, que reflejan ambos una concepción objetiva del abuso del derecho.

²²² Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 77.

²²³ Aunque exista también la posibilidad de exigir la restitución del perjudicado a la situación material efectiva en que se encontraba antes del evento dañoso, pero apenas en caso de que el titular del derecho anormalmente ejercido no obtenga una utilidad legítima del abuso (por ejemplo, si alguien abre un pozo en su propiedad para regarla, causando perjuicios a otro, el otro sólo puede exigir una indemnización, y no la obstrucción del pozo, dado que este pozo es útil para su propietario) – cfr. Ribeiro de Faria (en RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 430).

²²⁴ Tal responsabilidad será normalmente extracontractual, lo que no significa que el abuso del derecho no pueda ocurrir en el ámbito contractual (por ejemplo, el abuso del derecho de alegar una invalidez formal del contrato, en caso de que esa invalidez fuera mixta y apenas pudiese alegarla la parte que, precisamente, haya contribuido para tal nulidad, habiendo ésta inculcado en la parte contraria la idea de la validez del contrato o de que no se aprovecharía de esta invalidez).

²²⁵ En términos ostensiblemente ofensivos de la Justicia, como señala Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 545).

²²⁶ Los criterios fijados por el artículo 7.2 del C.C. español (que equipara el abuso del derecho con el ejercicio antisocial del mismo) son la intención del autor de la conducta, su objeto o las circunstancias en que se realice. Los límites establecidos por el artículo 334 del C.C. portugués se hallan en la finalidad económica o social del derecho (atendiendo a los juicios de valor positivamente consagrados en la ley misma, en derechos como la patria potestad o la facultad de elegir el nombre de un hijo, por ejemplo), las buenas costumbres o la buena fe (según las concepciones ético-jurídicas dominantes en la colectividad), habiendo también que llevar en consideración los factores subjetivos y la intención con que el agente haya actuado. – Cfr. Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 545-547).

general. En este sentido, la referida previsión legal no se limita a abarcar el ejercicio abusivo de derechos subjetivos, sino también de otras posiciones jurídicas, incluyendo permisiones genéricas de actuación, como la autonomía privada o el derecho a la tutela judicial efectiva. Como apunta Larenz, podrán estar aquí incluidas conductas como la lesión del derecho de crédito por tercero, la actuación del deudor de modo a beneficiar o perjudicar uno de sus acreedores con relación a los demás y la instauración de acciones materialmente infundadas o cuyo éxito para el demandante sea absolutamente desproporcionado con los perjuicios causados al demandado.²²⁷

§ 20.º Como hemos visto ya²²⁸, en la doctrina española, incluso los autores para quienes la antijuridicidad no es un elemento autónomo de la responsabilidad civil, admiten la existencia de causas de exclusión de la ilicitud, que consecuentemente excluyen tal responsabilidad y la correspondiente obligación de indemnizar²²⁹. Tal como decíamos anteriormente²³⁰, para que haya ilicitud, no basta con que se verifique un hecho objetivamente disconforme con normas que impongan una conducta, sino que tal deberá haber ocurrido también por violación de un deber jurídico, que en última instancia es un deber genérico de cuidado exigible en el comercio jurídico²³¹. Así, a la conducta objetiva del agente hay que añadir el juicio de desvalor en causa en la ilicitud, pero existen determinadas situaciones que retiran la ilicitud a un comportamiento que, de otro modo, sería ilícito, dado que, no fueran ellas, estaríamos ante un deber que habría que ser observado²³². Siempre que el agente haya actuado en la esfera de una causa de exclusión de la antijuridicidad, la ilicitud del hecho es excluida, en el caso concreto, en virtud de que el agente se encuentra en el ámbito de una

²²⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 308-309.

²²⁸ En el § 5.º de este mismo capítulo.

²²⁹ A nuestro entender, si existen causas de exclusión de la ilicitud que consecuentemente excluyen del todo la responsabilidad será porque la ilicitud o antijuridicidad puede constituir, por sí sola, un presupuesto de la responsabilidad civil.

²³⁰ En los §§ 14.º y 15.º del presente capítulo.

²³¹ Según una larga corriente doctrinaria que tuvo su exponente máximo en Nipperdey (cfr. RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 415).

²³² Cfr. SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I*, cit., págs. 309-310.

situación específica que produce la justificación del hecho dañoso²³³. Tradicionalmente, la doctrina admite como **causas de exclusión de la antijuridicidad**²³⁴:

a) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho

§ 21.º De modo general, se puede decir que el hecho, aparentemente ilícito, se considera justificado, y por lo tanto lícito, siempre y cuando sea practicado en el ejercicio legítimo de un derecho²³⁵ o en el cumplimiento de un deber jurídico²³⁶, no respondiendo el agente por los daños que ocasione a otro²³⁷. Es necesario que el deber aparentemente infringido por el agente sea evitado o contrarrestado, definitiva o temporalmente, por otro deber²³⁸ o que la

²³³ Véase, a este respecto, BUSTO LAGO, J. M., *La Antijuridicidad del Daño Resarcible en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 246 y sigs..

²³⁴ Todas ellas ausentes del C.C. español (salvo la acción directa, que tiene acogida principalmente en el artículo 612, párrafo 1.º); a diferencia del respectivo C.P., que exime de responsabilidad criminal en los casos de legítima defensa, de estado de necesidad y de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, en su artículo 20, 4.º, 5.º y 7.º respectivamente (si bien que no se excluya que los principios informantes al respecto de las normas penales puedan tener aplicación en los supuestos de generar simplemente responsabilidad civil), y del C. C. portugués, que prevé expresamente la acción directa, la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del perjudicado (en sus arts. 336 y sigs.).

²³⁵ Lo que corresponde a la expresión latina «qui iure suo utitur nemini facit injuriam, feci sed iure feci».

²³⁶ Este deber, que hay que ser efectivamente cumplido para que se verifique la causa de exclusión, se presenta como una obligación legal o contractual, aunque normalmente tenga la ley como fuente directa, y no requiere forzosamente la existencia de una relación entre un superior y un inferior jerárquico.

²³⁷ Como eximente de responsabilidad criminal, el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo está previsto, en el ordenamiento jurídico español, en el art. 20.7.º del respectivo C.P. (en cuanto a los derechos derivados de un oficio o cargo, se ciñen, en principio, a la esfera de actividad profesional o relativa a la función pública, siendo que su expresión más común reclama la idea de cumplimiento de un deber, ya que se está ante figuras jurídicas mixtas: derechos-deberes).

²³⁸ Para que opere la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, es precisa la concurrencia de un deber específico de actuar, cuyo cumplimiento determina una conducta típica de un bien jurídico; mientras que los supuestos relativos a deberes genéricos de actuación encuentran su contexto legal de valoración en el estado de necesidad, en el cual rige el límite objetivo de la ponderación de males (véase, a este respecto, el sig. § 28.º de este mismo capítulo) - cfr. MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.7.º”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, pág. 195.

violación, real o aparente, haya sido cometida en el ejercicio de un derecho propio. Paradigmáticamente, en el primer caso, tenemos deberes que recaen sobre funcionarios públicos que, cumpliendo una orden legítima, sacrifican determinados derechos de los particulares; mientras que, en el segundo caso, encontramos, por ejemplo, el acto del cazador que, con la respectiva licencia, entra a cazar en terreno ajeno o el acto del propietario que impide al del terreno inferior el aprovechamiento del agua.

§ 22.º Sin embargo, esta causa de exclusión de la antijuridicidad debe entenderse de manera restrictiva en caso de abuso del derecho²³⁹, de colisión de derechos o conflicto de deberes, siendo el agente responsable por los daños derivados del ejercicio del derecho que tendría de ceder o del incumplimiento del deber que habría de cumplir²⁴⁰, en el supuesto de que haya originado de forma culposa la colisión de derechos o el conflicto de deberes. Asimismo, si el ejercicio legítimo del derecho contender con deberes de seguridad del tráfico, es decir, deberes de prevención del peligro que ocurra en el caso concreto²⁴¹, el agente

²³⁹ Cfr. al anterior § 19.º del presente capítulo.

²⁴⁰ En el ordenamiento jurídico español, en respeto al principio de unidad del ordenamiento jurídico, se verifica una doble forma de solución de la colisión de derechos o conflicto de deberes: por un lado, la solución específica que, para cada caso concreto, la ley haya previsto y a la cual se acomoda el régimen de la colisión o del conflicto (como ocurre, por ejemplo, en el C.C. español, en los casos del art. 612 -que resuelve la colisión de derechos planteada entre los derechos pertenecientes, respectivamente, al propietario del enjambre de abejas y al de la finca invadida-, de los arts. 1522 y 1524 -que resuelven algunos casos de colisión entre retrayentes-, y de los arts. 1922 y 1923); y, por otro lado, la solución no prevista específicamente en la ley, pero propuesta por la doctrina española. Según esta última, en los supuestos de conflicto de deberes del mismo rango, la conducta del sujeto que dé cumplimiento a uno cualquiera de ellos será lícita, salvo si entran en conflicto deberes de acción con deberes de omisión, caso en que se considera que el deber de omitir será superior, o en la hipótesis de dicha conducta implicar un grave atentado a la dignidad de la persona humana. Si el deber cumplido es de rango inferior al infringido, la conducta será ilícita, como se deduce de la interpretación del art. 20.7.º del C.P. español de acorde con el principio del interés preponderante (cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 6.ª Ed., 1998, págs. 292-294). En el ordenamiento jurídico portugués, el art. 335 del respectivo C.C. prevé expresamente la colisión de derechos (que se puede aplicar también al conflicto de deberes), estableciendo que, en caso de colisión de derechos iguales o de la misma especie, deben los titulares ceder en la medida de lo necesario para que todos produzcan igualmente sus efectos, sin mayor perjuicio para cualquiera de las partes, pero si los derechos son desiguales o de especie diferente, prevalece el que se deba considerar superior.

²⁴¹ En el Derecho alemán, se desarrolló la doctrina de los llamados «deberes de seguridad del tráfico» o «deberes de prevención del peligro delictual», según la cual, siempre que alguien

responderá por los daños causados por su falta de cuidado (así, en el anterior ejemplo del cazador, en el supuesto de éste no haber tomado las precauciones necesarias para la utilización de una arma de fuego, se volverá responsable por los daños que cause en personas o en otras cosas que no sean las piezas de caza).²⁴²

b) Legítima defensa

§ 23.º Legítima defensa, nos enseña Fontán Balestra²⁴³, puede definirse como la reacción necesaria para evitar la agresión ilegítima y no provocada de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano. La legítima defensa tiene como doble fundamento la necesidad de defender bienes jurídicos individuales y, simultáneamente, el ordenamiento jurídico²⁴⁴, frente a una agresión. No obstante, si entre el mal que evita quien se defiende y el que le quiere causar quien le agrede media una desproporción inmensa, porque el primero es ínfimo comparado con el segundo, la defensa deja de ser legítima – por lo que la defensa sólo será legítima si es necesaria. Para que exista defensa necesaria o legítima defensa²⁴⁵, es preciso pues que concurren los siguientes requisitos: Agresión ilegítima, Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y Falta de provocación suficiente por parte del defensor²⁴⁶.

posea cosas o ejerza una actividad que se presenten como potencialmente susceptibles de causar daño a otro, tiene igualmente el deber de tomar las precauciones necesarias para precaver el acaecimiento de daños.

²⁴² Cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 552-553; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 568-569; MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 315-317; SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I*, cit., págs. 310-312; y MORALES PRATS, “Comentario al art. 20.7.º”, cit., págs. 192-203.

²⁴³ En *Derecho Penal – Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 280 y sigs..

²⁴⁴ Según la máxima de que «el Derecho no debe ceder ante lo injusto».

²⁴⁵ Su naturaleza justificante es hoy en día indiscutida en la doctrina, pero históricamente no han faltado intentos de explicarla como una causa de exclusión de la culpabilidad, con argumentos cercanos a la idea de inimputabilidad o a la de inexigibilidad.

²⁴⁶ Según el artículo 20.4.º del C.P. español (recuérdese que los principios informantes de las normas penales pueden tener aplicación en los supuestos de generar simplemente responsabilidad civil). La opinión dominante en España añade un elemento subjetivo: el ánimo o

§ 24.º La legítima defensa se caracteriza por ser la situación de peligro del bien jurídico, consecuencia de un hecho humano, más precisamente de una acción²⁴⁷, la cual deberá ser antijurídica sin que importe que sea típica²⁴⁸. La agresión es ilegítima cuando se trate de una situación que el agredido no esté obligado a soportar²⁴⁹. Así, la agresión ilegítima constituye el presupuesto ineludible de la legítima defensa²⁵⁰ y premisa o antecedente de las otras dos circunstancias requeridas, siendo también requisito indispensable del exceso de legítima defensa. La agresión debe ser actual e inminente: no puede oponerse defensa legítima al ataque que aún no se ha manifestado o que pueda ser evitado por otros medios, ni al ya cumplido cuando el peligro ha pasado²⁵¹; pero siempre que se impide la agresión se actúa ante un ataque futuro, que no puede

voluntad de defensa [cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., pág. 239]. El C.C. portugués, en su artículo 337, no requiere la «Falta de provocación suficiente por parte del defensor», pero prevé expresamente la «Necesidad de la reacción», en el sentido de la imposibilidad del que se defiende recurrir a los medios normales para evitar la agresión.

²⁴⁷ La simple omisión, es decir, la no realización de una acción que podía realizar el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, no constituye una agresión, pues en ella faltan la causalidad y la voluntad de realización (finalidad) - cfr. CEREZO MIR, J., *Idem*, pág. 212.

²⁴⁸ No resulta, sin embargo, exigible la culpabilidad por el hecho, por lo que no cabe en principio legítima defensa frente a la agresión ilegítima de un inimputable o de una persona amparada por una causa de inculpabilidad. De acuerdo con la posición mayoritaria en la doctrina española y alemana, no cabrá reaccionar en legítima defensa ante acciones fortuitas. Todavía, tal no deberá ser necesariamente así para quienes, fieles a la sistemática de origen causalista, consideran el dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad - lo cual no impide que pudiera llegarse a idéntica conclusión negando en estos casos la existencia de la agresión [cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al art. 20.4.º», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Ed., 2001, pág. 165].

²⁴⁹ El apartado primero del artículo 20.4.º del C.P. español parece entender la agresión de un modo más amplio que como el mero acometimiento físico, al incluir también la agresión contra los bienes, precisando que «en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes» y que «en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas».

²⁵⁰ La ausencia de la misma impide absolutamente la apreciación de la legítima defensa, incluso en su modalidad incompleta.

²⁵¹ Sobre ello reina acuerdo en la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, pese a que no faltan pronunciamientos en los que se acude a esta eximente no obstante haber cesado la agresión [en este sentido, la S.T.S. de 27 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6748) considera que «el acusado parece actuar de forma inmediata (...), proporcionando a su oponente un navajazo», «sin que conste que ésta (la víctima) resultara lesionada, al acudir el acusado (...) en defensa de su compañera que había quedado en el suelo inconsciente por los golpes y patadas que Daniel (el agresor) le propinó»].

evitarse por otros medios. Asimismo, el carácter antijurídico de la agresión excluye la posibilidad de una legítima defensa contra otra legítima defensa. La antijuridicidad de la agresión debe suponer necesariamente tanto un desvalor de la acción como del resultado, por lo que si la agresión resulta amparada por una causa justificada no estará presente ni el desvalor de la acción ni del resultado.

§ 25.º Con las palabras «*necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla* (la agresión)», el artículo 20.4.º del C.P. español define la acción de defensa propiamente dicha. De este segundo requisito se deducen dos premisas: que se haya creado una situación de necesidad para el que se defiende y que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro. Según la primera premisa, la necesidad deberá resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico (necesidad de la defensa): la necesidad es exigencia sin la cual la defensa no es legítima. La necesidad supone oportunidad del empleo de la defensa e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que se amenaza o la utilidad del bien jurídico que violentamente se ampara. De acuerdo con la segunda premisa, la ley española requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario (necesidad del medio empleado)²⁵², para lo cual ha de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.²⁵³ Así, a la idea de necesidad se añade, a modo de parámetro regulador, la exigencia de que la misma sea «racional». Al considerarse racional la necesidad, se procede a una distinción entre necesidad y proporcionalidad que tiene como consecuencia, por

²⁵² La “necesidad del medio empleado” deberá entenderse tanto referida al objeto material o instrumento como a la forma de utilizarlo.

²⁵³ Así, la doctrina española dominante desdobra el tratamiento de este requisito (necesidad racional del medio empleado), distinguiendo entre la necesidad abstracta de la defensa y la necesidad concreta del medio defensivo empleado. Tal distinción tiene como principal consecuencia que, si falta la necesidad en abstracto (exceso extensivo), no cabe la apreciación de la eximente ni siquiera en su versión incompleta (art. 21.1.ª), por tratarse de un elemento esencial de la misma; mientras que el exceso en la forma de defensa elegida (exceso intensivo) permite la estimación de la eximente incompleta. - Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Comentario al art. 20.4.º”, cit., págs. 165-167.

una parte, establecer una cierta proporción en los medios y, por la otra, determinar que la desproporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta²⁵⁴. El empleo de medios que no sean razonables revierte la defensa en imperfecta y la acción en antijurídica.²⁵⁵

§ 26.º La tercera exigencia impuesta por el artículo 20.4.º del C.P. español consiste en que no haya mediado provocación suficiente por parte de quien se defiende²⁵⁶. Al calificarse la provocación de suficiente, queda entendido que no toda provocación vuelve ilegítima la defensa y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito. Sin embargo, la provocación a la que se refiere la ley española no puede ser de tal entidad que sea posible justificar, en términos de legítima defensa, la reacción del provocado agresor y por ello considerar como legítima la agresión, pues tal supondría una inversión de las posiciones de autor y víctima que impediría de entrada plantear un derecho a la defensa por parte del provocador. Ello tampoco debe llevar a la solución radicalmente contraria a la anterior, consistente en conceder relevancia a cualquier comportamiento que suscite una reacción agresiva. Es dominante en la doctrina española el entendimiento de que la provocación deberá ser dolosa, pero aun en este punto dista de alcanzarse el consenso.²⁵⁷

²⁵⁴ Diferenciar el criterio de la necesidad de la idea de proporcionalidad entre el bien jurídico defendido y el lesionado por la actuación defensiva permite delimitar el ámbito de esta eximente del correspondiente al estado de necesidad, en el que rige como principal criterio rector el juicio de ponderación de los bienes en conflicto (véanse, a respecto del estado de necesidad, el § 28.º y sigs. del presente capítulo) - cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Comentario al art. 20.4.º”, cit., págs. 165-167.

²⁵⁵ En sentido contrario, CEREZO MIR, J. [en *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., págs. 235-236], que considera incompatible con el fundamento de la causa de justificación de la legítima defensa la exigencia de proporcionalidad, pues a su juicio la reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al ordenamiento jurídico.

²⁵⁶ La posición ampliamente dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas considera que se trata de un elemento accidental, cuya ausencia no es óbice para la aplicación de la eximente incompleta.

²⁵⁷ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Comentario al art. 20.4.º”, cit., págs. 165-167.

§ 27.º La defensa puede ser propia o de terceros²⁵⁸, para que se verifique la causa de justificación y la exclusión de la obligación de indemnizar. La defensa "propia o de sus derechos" abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico individual. No están amparadas, en cambio, en la eximente de legítima defensa, las lesiones de bienes jurídicos pertenecientes a terceros, cuando no fueran utilizados como medios en la agresión ilegítima (por ejemplo, la destrucción de objetos; o las lesiones o muerte causadas a otra persona que se hallaban en el lugar de los hechos). El defensor podrá invocar, sin embargo, en relación con la lesión de tales bienes jurídicos, la eximente de estado de necesidad, cuando se verifiquen los respectivos requisitos²⁵⁹.

c) Estado de necesidad

§ 28.º El estado de necesidad, como causa de justificación²⁶⁰, supone una situación de conflicto entre bienes jurídicos o de colisión de deberes²⁶¹, que existiendo *ex ante* se confirma *ex post* y que el Derecho resuelve a favor del "interés preponderante". El "interés preponderante" está en que «*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*» (cfr. al punto primero del numeral 5.º

²⁵⁸ En lo que se distingue de la acción directa, llamada con menos propiedad Autodefensa, que se destina apenas a la defensa de un derecho propio.

²⁵⁹ Véase, a continuación, el § 29.º y sigs. de este mismo capítulo. Véase también CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., pág. 245.

²⁶⁰ Las situaciones de necesidad pueden dar lugar tanto a casos de justificación, como de exculpación cuando conciernen a la culpabilidad. Aunque, para cierto sector doctrinal en España, el art. 20.5.º del respectivo Código Penal acogería las situaciones de necesidad tanto justificantes como exculpantes, es preferible ubicar las primeras en dicho precepto y recurrir al 20.6.º del mismo Código (miedo insuperable) para las que tocan a la culpabilidad.

²⁶¹ La colisión de deberes se produce cuando sobre un sujeto recae el deber de evitar un mal ajeno que amenaza a un tercero (persona, sociedad o estado). En tal circunstancia, se verifica un conflicto entre dicho deber de evitar el mal y el deber de abstención de perpetración de la acción jurídicamente prohibida o de llevar a cabo la acción, en el caso de las omisiones. La mayoría de la doctrina española encuadra estas situaciones en la eximente de estado de necesidad (numeral 5.º del art. 20 del respectivo C.P.), relegando para la eximente de obrar en cumplimiento de un deber (numeral 7.º del mismo artículo) los supuestos de concurrencia de un deber específico de actuar, derivado del oficio o cargo por ejemplo (véase, a respecto de esta última, el anterior § 21.º del presente capítulo). - Cfr. MORALES PRATS, F., "Comentario al art. 20.5.º", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Ed., 2001, pág. 175.

del art. 20 del C.P. español)²⁶²: es una cuestión de proporcionalidad y no de necesidad racional, como ocurre en la legítima defensa. Lo característico del estado de necesidad, frente a las demás causas de justificación, es que la crisis aquí proviene o bien de una conducta no dolosa, pero sí imprudente, no idónea o permitida, o bien de la naturaleza (por ejemplo, para salvar a una persona de un incendio, el agente fractura la puerta de casa de un vecino; o para llevar a un enfermo al hospital, el agente rebasa el límite permitido de velocidad en la carretera).

§ 29.º El requisito-presupuesto conceptual para que el estado de necesidad tenga efecto justificante se halla en la existencia de una situación de peligro objetivo, real y actual²⁶³, esto es, inminente o inmediato, para un bien jurídico propio o ajeno²⁶⁴, proveniente de un tercero (estado de necesidad defensivo), pero sin ser la agresión ilegítima de la legítima defensa; así como de una conducta lícita o de la naturaleza (estado de necesidad agresivo). Asimismo, dicho peligro deberá ser grave e inevitable, lo que significa que no pueda ser evitado o soslayado por otras vías o procedimientos menos lesivos o perjudiciales, ya fueren éstos lícitos o ilícitos, generando la necesidad de una acción de salvaguarda idónea y real - por lo que si existen otras vías menos lesivas de solución de la crisis, a ellas habrá que acudir.²⁶⁵

²⁶² Obsérvese que no se trata de una mera comparación de bienes jurídicos, sino de “males” (cfr. CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1972, págs. 287 y sigs.): concepto normativo de carácter más omnicompreensivo, que reclama la ponderación de todos los intereses en juego (cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., págs. 276 y sigs.).

²⁶³ Como debe deducirse, según la doctrina española, del enunciado del art. 20.5.º del respectivo Código Penal: «*el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber*». En el Derecho portugués, el requisito de la existencia de un peligro actual está expresamente previsto en el art. 339.1 de su C.C., relativo al estado de necesidad.

²⁶⁴ También en este punto el estado de necesidad se distingue de la acción directa, que se destina apenas a la defensa de un derecho propio, como hemos referido a propósito de la legítima defensa.

²⁶⁵ Cfr. MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., págs. 171-174.

§ 30.º En el ordenamiento jurídico español, los requisitos legales previstos en el artículo 20.5.º del Código Penal que tienen que concurrir para que el estado de necesidad se pueda aplicar como causa de justificación son los siguientes: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y, por último, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse²⁶⁶.

§ 31.º En el estado de necesidad hay una ponderación de intereses en conflicto, que se traduce en la proporcionalidad del mal causado para superar la crisis, según se verifique un conflicto de intereses desiguales o de intereses iguales²⁶⁷. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia españolas confieren a los dos supuestos de estado de necesidad diversa naturaleza. Así, según la teoría de la diferenciación, el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses desiguales deberá merecer el tratamiento de una causa de justificación, con base en el principio del interés preponderante; en tanto que el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales o equivalentes constituirá una causa de exculpación, cimentada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma (inexigibilidad subjetiva). Por el contrario, otro sector de la doctrina en España opta por una configuración de naturaleza única para la eximente analizada, de acuerdo con la teoría unitaria, que en todo caso adoptaría el carácter de causa de justificación.²⁶⁸ No obstante, cuando estén en juego

²⁶⁶ En el ordenamiento jurídico portugués, según el art. 339.1 del respectivo Código Civil, los requisitos que el estado de necesidad debe observar como causa de justificación de la antijuricidad o ilicitud son, además de la existencia de un peligro actual, que ese peligro amenace un derecho o bien jurídico referente a la persona o al patrimonio del agente o de tercero, que la conducta del agente sea un medio necesario para preservar el derecho o bien jurídico en causa y, finalmente, que los intereses defendidos sean manifiestamente superiores a los sacrificados.

²⁶⁷ Cfr. Morales Prats (en MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., pág. 182), el artículo 20.5.º del Código Penal español no debe ser interpretado tan sólo en sentido objetivo, es decir, que el sujeto en realidad se halle en una situación objetiva de tales características, sino que también cabe inferir la exigencia de un elemento subjetivo, colmado con el mero conocimiento de la situación objetiva de estado de necesidad y de los presupuestos objetivos configuradores de la eximente.

²⁶⁸ Cfr. MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., pág. 176.

bienes personalísimos (como la vida, la libertad o la integridad corporal), en respeto al principio de la dignidad de la persona humana, opera una “cláusula de adecuación”, según la cual se entiende que toda intromisión resultará siempre en un mal mayor que el que se amenaza; luego, no podrá dar lugar al estado de necesidad justificante, sino tan sólo – si se cumplen sus requisitos – al de carácter exculpante²⁶⁹. De esta manera, solamente en casos de legítima defensa, debido al enorme desequilibrio introducido por la agresión ilegítima, está permitido al que sufre el mal (al agredido o a quien le defiende) la posibilidad de intrometerse en bienes personalísimos²⁷⁰. En cambio, en situaciones de estado de necesidad, puesto que la crisis entre los bienes jurídicos no es máxima, una vez que proviene de una conducta imprudente, no idónea o permitida o aun de la naturaleza, las facultades de obrar tampoco son máximas, sino limitadas, y los deberes de tolerancia menores que en los casos de legítima defensa.

§ 32.º El segundo requisito legal de la eximente analizada exige que el sujeto no haya provocado intencionalmente la situación de necesidad. La doctrina española mayoritaria considera que la provocación no consiste sólo en la creación o generación de un peligro, pues el auténtico objeto de la misma es algo más: la situación de conflicto o enfrentamiento entre los bienes jurídicos, en términos tales que la preservación de uno requiere el sacrificio del otro. La intencionalidad a la que se refiere el mencionado artículo 20.5.º deberá ser interpretada como provocación dolosa, con inclusión de todas las formas dolosas de la conducta. En consecuencia, la provocación imprudente de la situación de necesidad queda amparada en los dominios de la eximente. Sin embargo, este

²⁶⁹ En contra, MORALES PRATS (en MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., pág. 181), según el cual en tales supuestos no será posible aplicar la eximente analizada ni siquiera como causa de exculpación, por cuanto la conducta se sitúa en contradicción con el principio general alumbrador de la ponderación de intereses, comprometiendo de forma decisiva su valoración normativa, ya que estaríamos en definitiva en presencia de un mal mayor que el que se pretendía evitar.

²⁷⁰ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., pág. 270.

dato no prejuzga que la previa infracción de la norma de cuidado (infracción del deber objetivo de cuidado) pueda ser castigada, en su caso, como delito imprudente, lo que implica que el resultado pueda ser imputado causal y normativamente (imputación objetiva) a la infracción previa e inicial del deber objetivo de cuidado – se trata de la teoría de la «*actio illicita in causa*», sustentada por un amplio sector de la doctrina en España -. Por otro lado, deberá considerarse que el sujeto concernido por la expresión legal de este segundo requisito es aquel que actúa en estado de necesidad, razón por la cual la eximente da cobertura al auxilio a un tercero que ha provocado intencionalmente su propia situación de necesidad. Finalmente, la doctrina española discute si estamos (según Córdoba Roda²⁷¹) o no (de acuerdo con Morales Prats) en presencia de un requisito de carácter esencial del estado de necesidad, cuya ausencia determina respectivamente la imposibilidad o la posibilidad de la aplicación de la eximente en su versión incompleta.²⁷²

§ 33.º El requisito tercero, contemplado en el referido artículo 20.5.º, precisa que el necesitado no debe estar sometido a una obligación de sacrificio por razón del cargo y oficio²⁷³. Este precepto alude a obligaciones jurídicas que derivan de determinadas profesiones o cargos, en las que son inherentes riesgos a su propia lógica de ejercicio – como socorristas, bomberos, médicos o marinos. Dado que el Código Penal español se refiere concretamente al necesitado, y no al sujeto que realiza la acción necesaria, debe interpretarse que los casos de auxilio necesario no quedarán amparados por la eximente – cuanto menos en su versión completa – cuando el sujeto-necesitado, en cuyo favor se actúa, se hallaba obligado al sacrificio por razón de su oficio²⁷⁴. La doctrina hispana unánimemente comparte la idea de que el deber de sacrificio no reviste carácter

²⁷¹ En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., págs. 287 y sigs..

²⁷² Cfr. MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., págs. 182-183.

²⁷³ En el Derecho portugués, este requisito no está previsto en el art. 339.1 de su Código Civil, para que el estado de necesidad opere como causa de justificación.

²⁷⁴ Así, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., pág. 287.

de absoluto, por lo que resulta de aplicación la eximente completa en los supuestos en que el deber de sacrificio deviene inútil o en los casos en que el interés preservado con la actuación en estado de necesidad presenta una acusada desproporción con la obligación de sacrificio en razón de la profesión o cargo (desproporción valorativa que se sitúa a favor del primero). Así, el requisito analizado no será de carácter esencial, no cerrando el paso a la aplicación de la eximente incompleta, en caso de su ausencia.²⁷⁵

§ 34.º Quien soporta el sacrificio de un bien jurídico, por más que eso sea la aplicación del principio de necesidad o consecuencia de que el conflicto entre bienes se haya resuelto desfavorablemente para él, no tiene por qué tolerar el daño cometido. El resarcimiento del daño resulta, no de responsabilidad por un hecho ilícito, pues la ilicitud está excluida por la eximente, sino de la llamada responsabilidad por sacrificio. Por ese motivo, el ordenamiento jurídico español, en el artículo 118.1. 3.ª del respectivo Código Penal, diferencia entre quién ha actuado en estado de necesidad (no distinguiendo si es exculpante o justificante) y quién ha beneficiado de ese estado de necesidad, relacionando la obligación de reparar a la obtención de un provecho a costa de otra persona²⁷⁶. Ya el ordenamiento jurídico portugués, en el artículo 339.2 de su Código Civil, establece soluciones distintas según la situación de necesidad haya sido creada o no²⁷⁷ por culpa exclusiva del autor del hecho dañoso, quedando éste en caso afirmativo obligado a indemnizar el perjudicado por el daño sufrido. En los demás supuestos, el legislador - tanto el español como el portugués - comprendió que la concertación de las personas en cuyo favor se haya precavido el mal o se les haya evitado un perjuicio puede originar problemas, por tratarse de varias

²⁷⁵ Cfr. MORALES PRATS, F., "Comentario al art. 20.5.º", cit., págs. 183-184.

²⁷⁶ Por supuesto que el beneficiado puede ser el mismo que el que ha perpetrado el hecho (como ocurre en las situaciones de estado de necesidad propio), pero no necesariamente (como sucede en los casos de estado de necesidad ajeno o auxilio necesario), de lo que se desprende que puede haber personas a quienes se les aprecie la eximente de estado de necesidad y no estén obligadas a reparar daño alguno.

²⁷⁷ Verdaderamente, apenas en el supuesto de que la situación de necesidad no haya sido creada por culpa exclusiva del autor del hecho dañoso existe un estado de necesidad justificante.

personas cada una con un riesgo diferente (por ejemplo, cuando se salvan distintos objetos de diverso valor), o porque ese beneficio sea difícil de medir (ejemplificadamente, si se sofoca a favor de varias personas un riesgo de consecuencias inciertas para cada una de ellas), en cuyo caso no es posible fijar cuotas objetivas; por lo que remitió la respectiva decisión para los tribunales.²⁷⁸

d) Consentimiento del perjudicado

§ 35.º Se considera también como causa de justificación del hecho dañoso el consentimiento del perjudicado. La doctrina²⁷⁹ entiende que, si la responsabilidad civil se destina a la tutela de bienes jurídicos individuales y, por lo tanto, normalmente disponibles, el respectivo titular (una persona física o una persona jurídica) puede renunciar a esa tutela, desde que se trate de un bien jurídico disponible²⁸⁰. Así, el consentimiento opera como causa justificante cuando el Derecho conceda prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la lesión del bien jurídico²⁸¹. Por ello, la existencia del consentimiento del perjudicado retira al hecho dañoso su naturaleza ilícita o antijurídica²⁸², desapareciendo consecuentemente la obligación de indemnización o reparación del daño – es lo que se traduce en la máxima latina «*in volenti non fit iniura*» (por ejemplo, si una persona autoriza otra a retirar agua de su propiedad o a utilizar su coche, no

²⁷⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., “Comentario al art. 118”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, págs. 585-586.

²⁷⁹ Véanse RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 449-450; ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 560-562; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 576-578; MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 321-322; SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I*, cit., págs. 321-322; y CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., págs. 331 y sigs.

²⁸⁰ Como es el caso del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la propiedad o, incluso, a la integridad corporal.

²⁸¹ Cfr. CEREZO MIR, J. (en *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., págs. 333-334), rechazando el fundamento de la ausencia de interés.

²⁸² El consentimiento se prevé genéricamente en los arts. 1262 y sigs. del C.C. español, pero el consentimiento del perjudicado está expresamente previsto en el art. 340 del C.C. portugués.

existe ilicitud en estos actos por parte de la persona que ha recibido el respectivo consentimiento)²⁸³. Se salva, todavía, la hipótesis de que el acto consentido sea ilegal o imoral, es decir, contrario a una prohibición legal, a la moral o las buenas costumbres²⁸⁴, dado que en estos supuestos están en juego intereses públicos o intereses privados indisponibles, como el derecho a la vida, y ni el consentimiento del perjudicado excluye la ilicitud o desvalor de esos actos.

§ 36.º En general, el consentimiento tiene de ser válido, consciente y libre, por lo que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, con las excepciones legalmente previstas, y los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos de la resolución judicial (cfr. al art. 1263 del C.C. español), quedando excluida la eficacia del consentimiento cuando no sea consciente y libre, esto es, siempre que haya sido obtenido mediante el empleo del engaño, la violencia, la intimidación o el dolo (cfr. a los arts. 1265 y sigs. del mismo C.C.)²⁸⁵. El consentimiento ha de prestarse con anterioridad o simultáneamente a la práctica del hecho dañoso²⁸⁶, ya que, después de éste ser perpetrado, apenas se podrá verificar una renuncia a los efectos de la ilicitud del mismo²⁸⁷. La forma en que se otorgue dicho consentimiento es irrelevante, puede

²⁸³ No se puede confundir el consentimiento del perjudicado, como causa de exclusión de la ilicitud o antijuricidad, con la conducta del perjudicado, como causa de exoneración de la responsabilidad – la llamada “culpa de la víctima”, en exclusiva o en concurrencia con la del agente (véanse, a respecto de esta última, el § 138.º y sigs. de este mismo capítulo).

²⁸⁴ Tal y como lo establecen los arts. 1271 y 1275 del C.C. español y el art. 340.2 del C.C. portugués.

²⁸⁵ El C.C. español determina que, «*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*», y que «*el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo*» (en su art. 1266); especificando que «*hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*», «*hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes*» (véanse los arts. 1267 y 1268), y «*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*», el cual «*obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*» incluso cuando sea incidental (cfr. a los arts. 1269 y 1270).

²⁸⁶ Aunque PESSOA JORGE admita el consentimiento con carácter retroactivo (en *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., págs. 273 y sigs.).

²⁸⁷ Cfr. ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 577.

ser expreso o tácito, entendiéndose por tácito aquél que resulte de un comportamiento concluyente del perjudicado²⁸⁸. En caso de daño causado por actividades peligrosas, como determinadas prácticas deportivas (por ejemplo, el boxeo, artes marciales o rugby), se considera, en la estela de Larenz, que la participación en ellas implica una aceptación tácita y recíproca del riesgo de accidente, situándose la lesión en la esfera de riesgo permitido; por lo que será excluida la ilicitud del hecho dañoso, siempre que no haya actitud dolosa y sean respetadas las reglas del juego²⁸⁹. Cuando el “perjudicado” no esté en situación de dar su consentimiento, pero quepa suponer que el titular del bien jurídico protegido lo habría prestado si hubiera tenido conocimiento de la lesión o puesta en peligro del mismo (como ocurre, particularmente, en el supuesto de tratamientos médico-quirúrgicos llevados a cabo en enfermos mentales o en estado de inconsciencia)²⁹⁰, se reconoce al consentimiento presunto eficacia como causa de justificación en la doctrina²⁹¹, considerándose, también a semejanza de Larenz, que la gestión de negocios sin mandato podrá ser aquí correspondientemente aplicable^{292,293}. De igual modo, en los casos de consentimiento tácito y presunto, la exclusión de la ilicitud solo opera si el hecho dañoso no es contrario a las leyes o a la moral o las buenas costumbres²⁹⁴.

²⁸⁸ Como previsto en el art. 340.3 del C.C. portugués.

²⁸⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 577-578; ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., pág. 562; y MORALES PRATS, “Comentario al art. 20.7.º”, cit., pág. 202.

²⁹⁰ No hay que confundir el consentimiento presunto con el consentimiento tácito, que se deduce de la actitud pasiva o del comportamiento concluyente del portador del bien jurídico.

²⁹¹ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. II – *Teoría Jurídica del Delito*, cit., págs. 346-348.

²⁹² Cfr. RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 449-450.

²⁹³ En España, se suele optar por resolver la mayor parte de los supuestos de consentimiento presunto que se mencionan en la doctrina alemana mediante la causa de justificación del estado de necesidad, prevista en el art. 20.5.º del C.P. español (véanse, sobre esta causa de justificación, el § 28.º y sigs. *supra* del presente capítulo), siempre y cuando quede acreditada la urgencia y estricta necesidad de la intervención médica, o por incluir tales casos en el ámbito de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho derivado de un oficio, consagrada en el apartado 7.º del mismo artículo (véase, sobre esta eximente, el anterior § 21.º de este mismo capítulo), desde que se haya cumplido el deber de cuidado conforme a la *lex artis* [según CEREZO MIR (*Ibidem*) y MORALES PRATS (*Idem*, pág. 203)].

²⁹⁴ Cfr. a los arts. 1271 y 1275 del C.C. español y al art. 340.2 del C.C. portugués.

3. El criterio de imputación del hecho al responsable

a) Criterio subjetivo: culpabilidad

§ 37.º La idea de culpa está en la base de la responsabilidad subjetiva, o sea, de la imputación de los daños sufridos por alguien a la esfera jurídica de otro, según el criterio de la culpa²⁹⁵. Siendo la ilicitud o antijuridicidad el elemento objetivo de la responsabilidad civil, que consiste en la discordancia entre la conducta del agente y el ordenamiento jurídico por él transgredido, la culpabilidad como elemento subjetivo permitiría, en un principio, imputar psicológicamente lo ocurrido a la libre voluntad de aquél. La antigua doctrina, influida por la ideología naturalista del siglo XIX, estableció que la culpa era un

²⁹⁵ La culpa ha sido, tradicionalmente, el criterio de imputación determinante de cara a la atribución de responsabilidad en el ámbito sanitario, estando asentado en la jurisprudencia española el igual tratamiento a efectos de culpa de los planos contractual y extracontractual [cfr. a la S.T.S. de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548), donde se puede leer que: «la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (“*lex artis ad hoc*”)»]. Esta identidad de tratamiento se cifra en la utilización de los mismos parámetros para enjuiciar la diligencia-negligencia en el ordenamiento español: no se considera en el plano extracontractual negligente una conducta que no lo sea en el contractual y viceversa [al contrario de las consideraciones vertidas en la S.T.S. de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2824), que resultan aisladas]. Es más, no se recurre a la contractualidad para establecer responsabilidad más allá de la culpa. Esto porque, desde la consideración de que el caso fortuito, que excluye la responsabilidad contractual (cfr. al art. 1105 del respectivo C.C.), es más restringido que la no culpa, existirían supuestos de actuación no negligente en los que habría de responderse [un buen ejemplo de ello, en materia sanitaria, sería el del uso de instrumental en malas condiciones no habiendo mediado negligencia, versado en la S.T.S. de 17 de abril de 1998 (RJ 1998, 2056)]. – Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *A.D.C.*, Vol. 44, N.º 3, 1991, págs. 1019 y sigs.; GÓMEZ CALLE, E., “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *A.D.C.*, Vol. 51, N.º 4, 1998, págs. 1732 y sigs.; y ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Comentario al art. 1104 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7918 y sigs..

fenómeno psicológico, integrado por el dolo y la negligencia, cuya característica esencial se vio en una relación psíquica entre el agente y el resultado producido – según la teoría psicológica -. Más tarde, el concepto psicológico de la culpabilidad no se muestra utilizable, dado que en supuestos de negligencia inconsciente faltaba esa relación psíquica, ya que en ellos sólo existe una valoración que realiza el ordenamiento jurídico, así como tampoco podría integrar la culpa propiamente dicha la conciencia o voluntad base del dolo. Por lo dicho, la doctrina civilista actual, apoyada en el desarrollo científico del Derecho Penal, aclarando el requisito clásico de la culpa, ha abandonado la concepción psicológica de la culpabilidad y caracteriza la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente: la reprochabilidad (concepción normativa de la culpabilidad). De acuerdo con la teoría normativa, al agente se le reprocha el juicio de menosprecio que implica la culpa, consistente en no haberse conducido conforme al Derecho y en haberse decidido por lo injusto, cuando pudo obrar lícita y jurídicamente. Por lo tanto, la culpa supone una conducta antijurídica que es reprochada personalmente al agente, porque descansa en una motivación contraria al deber que le incumbía.²⁹⁶

§ 38.º La concepción clásica de la culpa civil parte de identificarla con la negligencia (que también se puede llamar «simple culpa»), es decir, con la omisión de la diligencia exigible al agente, que se somete a la medida general de la diligencia de un *pater familias* cuidadoso²⁹⁷. En la actualidad, la doctrina alemana, inspirada en Larenz y Canaris, considera la negligencia o «simple culpa» como la violación (objetiva) de una norma por inobservancia de deberes

²⁹⁶ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 51-52; ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 566-567 (defendiendo la posición de la culpabilidad psicológica, aunque con un entendimiento normativo); RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 451-452; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 580; MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 313; y MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 467.

²⁹⁷ El C.C. español se inspira en un concepto de culpa basado en la falta de diligencia exigible (así, su art. 1104), que se somete a la medida general de la diligencia de un «buen padre de familia» o de un hombre normalmente diligente; a semejanza del C.C. portugués, en su art. 487.2.

de cuidado o, en la terminología del B.G.B., por contravención del cuidado necesario en el tráfico²⁹⁸. Por el contrario, el dolo civil se configura como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, que da lugar a la producción de un daño, debiendo existir una relación causal necesaria y prevista entre aquél y éste. Ambas graduaciones de la culpa en sentido amplio caben dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva²⁹⁹: en el primer caso, derivada de una conducta culposa por negligencia y, en el segundo, de una conducta culposa con dolo. La diferencia intrínseca entre la culpa contractual y la culpa extracontractual es más bien cuantitativa³⁰⁰: esta última obliga a prestar una diligencia mayor que en la contractual, que llega a basarse en la mera causación, derivada de hechos ajenos a la voluntad del deudor. La culpa contractual se considera sinónima de omisión de diligencia, mientras que la designación de culpa *lato sensu* se reserva para la extracontractual.³⁰¹

§ 39.º La imputación por culpa se realiza mediante dos juicios: el de previsibilidad y el de evitabilidad. Según el juicio de previsibilidad, existe culpa no sólo cuando el sujeto que ocasionó el daño debió prever que éste se derivaría de una determinada conducta, sino también cuando debió antever el acaecimiento de un suceso dañoso, por las reglas de la experiencia humana ordinaria, o aun cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares

²⁹⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 472.

²⁹⁹ En el ámbito de la responsabilidad subjetiva, la opinión común es que el dolo (bien como la negligencia) está previsto en el art. 1101 del C.C. español como causa de incumplimiento de obligaciones, así como en el art. 1902 del mismo texto legal, aquí como causa de incumplimiento de la obligación general del «*alterum non laedere*», encubierto bajo la expresión «interviniendo culpa o negligencia». En lo que concierne al C.C. portugués, el respectivo art. 487 se refiere a la culpa *lato sensu*, abarcando el dolo y la negligencia (aunque su apartado 2, sobre la apreciación de la culpa según la diligencia de un «buen padre de familia», tenga en vista fundamentalmente la negligencia); tal como el art. 798 del mismo diploma legal, que prevé que se falte al cumplimiento de la obligación de forma culposa (siendo la culpa apreciada según el referido art. 487, por remisión del apartado 2 de aquel artículo).

³⁰⁰ Obsérvese que mientras el art. 1089 alude, para la responsabilidad extracontractual, a «*cualquier género de culpa o negligencia*», el art. 1101, para la contractual, se refiere simplemente a «*negligencia*», sin excluir ningún grado de la misma. Podría aplicarse a ambas esferas el art. 1104 (todos del C.C. español), en cuanto a la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

³⁰¹ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 39-44, 56 y 96.

circunstancias. Para ello, es necesario atender fundamentalmente a la edad, madurez y capacidad mental del sujeto eventualmente responsable³⁰². Pero, para que pueda hablarse de culpa, es preciso no solo que el sujeto haya previsto un determinado resultado, sino además efectuar un juicio de evitabilidad, o sea, constatar que el sujeto disponía de los medios necesarios para impedir ese resultado, y no lo hizo, o que recaía sobre él un deber de evitarlo en el caso particular, sin que lo hubiera hecho³⁰³. Según la concepción clásica de la culpa civil, la previsibilidad se considera el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario al Derecho y no querido³⁰⁴. Esta previsibilidad del resultado en la culpa civil, a diferencia de la culpa penal medida en función de la capacidad intelectual propia del agente, se basa en una previsibilidad media³⁰⁵. La medida de la diligencia exigible, que se somete a la medida general de la diligencia de un «buen padre de familia», cuando la obligación no exprese otra cosa (cfr. a los artículos 1104.2 del C.C. español y 487.2 del C.C. portugués), es una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto: exigible según «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (como indica el citado artículo del C.C. español); es la diligencia que, dentro de la vida social, puede ser exigida en la situación concreta a una persona razonable y sensata, correspondiente al sector de tráfico o de vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar³⁰⁶. Es decir, no se revela decisivo al respecto la individualidad del agente, sino que son las circunstancias las que

³⁰² Se llama “inimputable” a la persona que no supera el test de previsibilidad, sea en el caso concreto, sea de forma genérica.

³⁰³ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 301-305.

³⁰⁴ Idea recogida por la jurisprudencia española en sentencias como la S.T.S. de 9 de abril de 1963 (Roj: STS 2376/1963), al declarar que «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo».

³⁰⁵ Así, la mencionada sentencia concreta que «en principio, la diligencia exigible (ha de determinarse) según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso».

³⁰⁶ A lo largo de los últimos años, el juicio de previsibilidad se ha venido sustituyendo paulatinamente, en el ordenamiento jurídico español, por los denominados «criterios de imputación objetiva», que constituyen una nueva versión más precisa y elaborada dogmáticamente del viejo test de previsibilidad-avoidability del daño desde la perspectiva del «buen padre de familia», propio de la apreciación clásica de la culpa o negligencia (véanse, sobre los criterios de imputación objetiva, el § 102.º y sigs. del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela. Sin embargo, no se excluye toda atención a la personalidad del agente, dado que el obrar culposo, al igual que el concepto de imprevisibilidad en que se basa, ha de considerarse viendo en él ya un aspecto subjetivo, en cuanto posibilidad dada al sujeto de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, ya un aspecto objetivo, desprendido de la situación personal del agente y que tenga en cuenta la diligencia que pueda esperarse de cualquier persona, en virtud de los efectos de sus actos u omisiones.³⁰⁷

§ 40.º La doctrina civilista de la culpa, asentada en la omisión de la diligencia exigible al deudor, se desarrolló, en el ordenamiento jurídico español, por influencia de la doctrina y la práctica penales modernas, depurando conceptos como el de antijuridicidad, sin abandonar aún la concepción clásica de la culpa civil. Así, se habla de antijuridicidad para designar que la responsabilidad civil ha de fundarse en una conducta contraria al Derecho de la persona causante del daño a resarcir. Dicha conducta puede ser dolosa o culposa, por lo que un sector de la doctrina civilista española actual estudia usualmente la culpa como una de las variantes de la antijuridicidad. Pero, esta circunstancia no implica confundir la culpa, como aspecto o variación de la antijuridicidad, con el requisito general de la responsabilidad civil de la culpabilidad, que es también un juicio de valor que necesariamente presupone una acción antijurídica, pero que no versa sobre si cierta conducta se adaptó o no al ordenamiento jurídico, sino sobre si esa conducta es personalmente reprochable a su autor. Por tanto, el juicio de antijuridicidad no incluye al agente infractor del contrato o de las normas de convivencia social, pues esta persona es el objeto del juicio de culpabilidad, sino que apenas recae sobre su conducta, contemplada desde el punto de vista de la acción u omisión y del resultado de las mismas. Al lado de la expuesta concepción de la culpa como característica de la antijuridicidad, en cuanto no apreciación de la diligencia objetiva exigida,

³⁰⁷ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 44-46.

otra posición estima la negligencia como una forma tipificada de la culpabilidad y no como variante de la antijuridicidad. Según este criterio, negligencia significa la infracción del mandato de diligencia que afecta al agente, en consideración a las circunstancias concretas y a las aptitudes que éste posee o de cuya existencia ha de responder, como perteneciente a un determinado grupo profesional o de participantes en el tráfico. Solo puede obrar negligentemente el que tiene capacidad para ser culpable; mientras que antijurídicamente puede obrar el que no tenga esa capacidad, sino tan sólo la natural de obrar. El juicio de que una conducta es antijurídica no incluye reproche alguno contra el agente, pero el juicio de que es negligente significa una imputación al agente, al menos necesariamente en consideración a su individualidad.³⁰⁸

§ 41.º La culpabilidad, según la moderna concepción normativa, como reproche personal de una conducta antijurídica, porque el agente no ha manifestado una voluntad conforme al ordenamiento jurídico, aunque se hallaba en situación de ello, presupone antes de más la imputabilidad del agente, o sea, la capacidad de comprender la injusticia de su comportamiento y de querer obrar en consecuencia, como hemos visto anteriormente³⁰⁹.

§ 42.º Además de la imputabilidad, parte de la doctrina exige la conciencia de la antijuridicidad en el obrar, cuando la conducta del agente se produce a título de dolo, importando las tesis penalistas al respecto para el Derecho civil³¹⁰. En cambio, si se causa por «simple culpa», se requiere que el agente se haya conducido de forma antijurídica cuando pudo haber actuado conforme al

³⁰⁸ Cfr. SANTOS BRIZ, J. *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 47-50.

³⁰⁹ En el § 8.º de este mismo capítulo, en el punto 1. El hecho.

³¹⁰ Para la mayoría de la doctrina civilista alemana, el dolo requiere la conciencia de la antijuridicidad, de acuerdo con la teoría del dolo (*Vorsatztheorie*), según la cual, en caso de que falte la conciencia de la antijuridicidad, el agente podría como máximo incurrir en negligencia, cuando un deber de cuidado le imputase la necesidad moral de conocer la antijuridicidad. Al revés, la teoría de la culpa (*Schuldtheorie*) considera que el dolo es independiente de la conciencia de la antijuridicidad, acabando por definir el dolo simplemente como «la voluntad de un determinado hecho». – Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 478.

Derecho y haber evitado, dada su capacidad personal e individual, la omisión de la diligencia exigible en el tráfico o según las circunstancias. El resultado jurídicamente no deseado, para que exista a título de culpa, ha de ser precisamente previsible por “este” agente y la conducta controlada por él, habida cuenta de las cualidades espirituales y corporales no dependientes de la voluntad (inteligencia, formación intelectual, aptitud, práctica, fuerza física)³¹¹. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera apenas marginalmente relevante la conciencia de la antijuridicidad en el obrar³¹², cuando ella influya en la conducta del agente y, a través del juicio de valor que recaiga sobre esta última, pueda conducir a la no calificación de un ilícito como doloso o, incluso, como negligente. Es lo que sucede en la inimputabilidad, en la convicción de la existencia de un deber y en otras causas de inculpabilidad. En el primer caso, naturalmente no existe dolo o negligencia, ni tampoco conciencia de la antijuridicidad, porque falta la voluntad; por lo que no hay reproche normativo. En el segundo caso, la conciencia de la antijuridicidad en el obrar opera de forma positiva, es decir, el agente procede en contra el Derecho con la convicción de que está obligado a ello. Finalmente, en la última hipótesis, siempre que de la no relevancia de la conciencia de la antijuridicidad deriven situaciones extremas, en contra el rigor del Derecho, de que resulten efectos no previstos por el ordenamiento jurídico, se puede recurrir a una causa de inculpabilidad como “cláusula de seguridad”, cuando la exigencia al agente de la adopción de la conducta debida, por cualquier motivo trascendental, ofenda gravemente el principio de la buena fe.³¹³

§ 43.º La concausación al daño por el perjudicado afecta al fundamento de su pretensión de resarcimiento y ha de referirse a la realización del suceso

³¹¹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 52-53.

³¹² Ésta es la posición de Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 480-481), para el cual no es necesaria la conciencia de la antijuridicidad para que exista dolo, lo que se coaduna, según este autor, con el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (cfr. al art. 6.1 del C.C. español y al art. 6 del C.C. portugués).

³¹³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Idem*, págs. 481 y 509.

dañoso mismo³¹⁴. Dañador y perjudicado han de soportar los daños en la proporción en que hayan contribuido a su causación conjunta. La imputabilidad se dará no sólo para el causante principal, sino también para el perjudicado concausante, ya consista en una conducta subjetiva o en un riesgo creado. No basta, pues, para que haya concurrencia de culpas, la mera concausación adecuada.³¹⁵ Así, la concurrencia de responsabilidades puede derivar de que el perjudicado haya cooperado al daño de forma que le sea imputable o de que haya omitido evitar el daño que amenazaba o aminorar el ya realizado. Son, por tanto, tres los supuestos de hecho en que puede darse aquel concurso: el primer supuesto es el de la cooperación directa del perjudicado en la producción del daño; el segundo supuesto constituye aquel en que el perjudicado omitió llamar la atención a la otra parte sobre el riesgo de un daño que amenazaba; y, finalmente, el tercer supuesto consiste en que el mismo no procuró, por los medios exigibles a su alcance, evitar o aminorar el daño.

§ 44.º El primer caso, de la llamada compensación de culpas³¹⁶, es el supuesto básico para que se pueda hablar de concurrencia de responsabilidades, cuya consecuencia es reducir la obligación de indemnizar en proporción al grado de culpa del perjudicado o al de su participación causal en el evento dañoso, sin que ello prejuzgue imposibilidad ninguna de que tal pueda ocurrir por un riesgo a que se sometió (según el grado de culpa de quien controla el riesgo). La llamada “culpa de la víctima” no se menciona expresamente en el artículo 1902 del C.C. español, pero sí se recoge en prácticamente la totalidad de los textos legales que instituyen sistemas objetivos de responsabilidad³¹⁷. La

³¹⁴ Véase la conducta del perjudicado, como causa de exoneración de responsabilidad, en el apartado c) Conducta del perjudicado, del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente capítulo.

³¹⁵ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., pág. 109.

³¹⁶ Como mecanismo de distribución del daño no es conocido por el C.C. español (véase el § 48.º de este mismo capítulo).

³¹⁷ Véase, por ejemplo, el art. 1.1.I del 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 (T.R.L.R.C.S.C.V.M.), con última actualización publicada el 08/04/2020 (Ref. BOE – A – 2004 – 18911), o el art. 145 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

determinación del carácter culposo de la conducta del perjudicado debe hacerse, en el ordenamiento jurídico español, a tenor del concepto objetivo de culpa del artículo 1104 del respectivo C.C.. El reproche dirigido al perjudicado se basa, no en que con su conducta se haya puesto en peligro a sí mismo (hecho por el cual no se le puede recriminar), sino en que de esa forma haya incurrido en responsabilidad convergente al daño a través de la conducta del agente³¹⁸. A la culpa del perjudicado suele darse un sentido muy amplio, que abarca incluso la mera causalidad material cuando el perjudicado sea un inimputable, el cual recibirá una indemnización reducida hasta donde alcance su coparticipación en el daño.³¹⁹

§ 45.º En el segundo supuesto, de la denominada compensación de riesgos, se incluye la situación de riesgo creado tanto por el principal agente, desencadenante originario del evento dañoso, como por el propio perjudicado, dando lugar a daños de mayor importancia. De modo que puede darse, en la variedad de supuestos, una imputación culposa frente a una imputación fundada en el riesgo creado, bien como una imputación por riesgo frente a otra de la misma clase. Originariamente, apenas se aceptaba la compensación de riesgos cuando se tratara de conductas no culposas por parte de ambos partícipes en el evento dañoso. Actualmente, en cambio, se admite la contraposición responsabilidad culposa-creación de riesgos. La conducta negligente del perjudicado, aunque sea grave, no siempre excluye la responsabilidad del

noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (T.R.L.G.D.C.U.), con última actualización publicada el 16/03/2019 (Ref. BOE – A – 2007 – 20555).

³¹⁸ Caso frecuente de culpa del perjudicado en la causación del daño es el de la actuación a riesgo propio que supone el viaje de favor o complacencia o “transporte benévolo”, en que el viajero se expone a un peligro a través de una conducta concausante del daño. Este concurso de culpas se entiende como renuncia tácita del perjudicado a exigir responsabilidad al conductor, ya que se somete al riesgo del viaje conociéndolo; así como supuesto especial del «*venire contra factum proprium*», apreciándose un concurso de culpas a compensar a efectos de indemnización.

³¹⁹ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 111-112; y REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 950-958 (salvo cuanto a la “culpa” de los inimputables).

agente creador del riesgo, sino solamente cuando, frente a la culpa del perjudicado, el riesgo de empresa o explotación del agente tuviese un papel totalmente secundario, por ejemplo, cuando se toma un vehículo en marcha.³²⁰

§ 46.º Por último, en los supuestos de hecho posteriores a la realización del daño, la buena fe, como principio informante de todas las relaciones jurídicas, impone al que ha sufrido un daño contribuir según las circunstancias a reducirlo o a evitar que aumente. El caso más frecuente al respecto es el de la lesión corporal o daño para la salud, en que el perjudicado está obligado por su parte a hacer todo lo necesario para su curación, o sea, a someterse sin pérdida de tiempo a tratamiento curativo y seguir las indicaciones facultativas, pues si no se somete a ellas agrava arbitrariamente la responsabilidad del deudor, debiendo tenerse en cuenta esta conducta para reducir la indemnización correspondiente³²¹. La obligación de disminuir los daños puede afectar a terceras personas vinculadas al perjudicado y que tengan derecho a indemnización. Así, en la jurisprudencia alemana, por ejemplo, se ha permitido reclamar a la viuda del accidentado la obtención de ciertos ingresos, lo que era exigible en consideración a su edad, si presumiblemente hubiese asumido una actividad productiva aun en caso de supervivencia del marido y si se lo permitieran sus deberes domésticos. En supuestos de daños patrimoniales, el perjudicado debe hacer todo lo que esté a su alcance para prevenirlos o reducirlos y, si el caso lo exige, incluso tomando dinero a préstamo.³²²

§ 47.º En lo que concierne a la intervención de personas auxiliares, tratándose de obligaciones derivadas de contratos, se deduce, de preceptos como el artículo 1594 o los artículos 1727 y 1725 del C.C. español, que el representado responderá de la culpa de su representante, a efectos de reducir

³²⁰ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., pág. 113.

³²¹ Se discute mucho sobre la existencia de una obligación del lesionado o enfermo a someterse a operaciones quirúrgicas, hipótesis en la que se entiende que el perjudicado sólo perdería el derecho a indemnización en caso de oposición sin razón alguna a la intervención quirúrgica.

³²² SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 113-114.

por su concurrencia la responsabilidad del deudor. A la misma conclusión puede llegarse para la culpa extracontractual, por aplicación del artículo 1903, párrafos 1 y 4, del mismo diploma legal, precepto éste que permite imponer a una persona la responsabilidad por la conducta de sus auxiliares y dependientes. En caso de inexistencia de relación obligatoria con el tercero por la que el representado se obligue a responder frente a él por los daños que cause su representante, plantease la cuestión de se saber si, no obstante esa inexistencia de relación expresa, puede imponerse la responsabilidad por culpa concurrente de su auxiliar al principal. En la estela de Esser, se entiende que el perjudicado ha de permitir la computación de la culpa de su auxiliar como propia, no sólo cuando entre él y el agente exista una relación obligatoria por la que venga obligado a esta diligencia, sino también cuando al perjudicado le afecte un deber de seguridad del tráfico y el auxiliar actuó dentro de la esfera de riesgo para el que regía este deber de diligencia en el tráfico.³²³

§ 48.º En lo tocante a los efectos jurídicos de la responsabilidad concurrente, el párrafo 254 del C.C. alemán³²⁴ ha ejercido innegable influencia en la doctrina y consecuentemente en la jurisprudencia españolas, a falta de precepto equivalente en el respectivo ordenamiento jurídico. Según la doctrina, para determinar la participación del perjudicado en los daños la actuación judicial ha de atender, en primer lugar, a su intervención en la causación de aquéllos y apreciar las circunstancias especiales en que se originaron, en cuanto de ellas pueda deducirse la participación objetivamente contraria a la situación fáctica y, en este sentido, “culposa”. Efectivamente, no es posible dividir en partes el resultado para adjudicarlas a la causación de cada partícipe, ya que éstos son responsables conjuntamente. Por ello, sólo puede hablarse de “causación

³²³ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 114-115.

³²⁴ En el cual se puede leer: «Cuando en la causación del daño haya concurrido culpa del perjudicado, la obligación de indemnizar, así como la cuantía de la indemnización, dependerá de las circunstancias, especialmente atendiendo a cuál de las partes ha causado predominantemente el daño. Lo mismo se tendrá en cuenta cuando la culpa del perjudicado haya consistido en no avisar al deudor del peligro de un daño extraordinario y elevado que el deudor no pudo conocer o cuando aquél haya omitido evitar o reducir el daño».

predominante” en un sentido inexacto, pues muchas veces se referirá al potencial de riesgo de cada partícipe. Por consiguiente, el grado de culpa de éstos representa jurídicamente solo un elemento más de la apreciación judicial, merecedor de análoga valoración que el factor riesgo, siempre de carácter relativo. La operación de la llamada compensación de culpas queda siempre en la liquidación o compensación de dos partidas recíprocas por el importe de los daños respectivamente causados. Aunque esta operación lleve a cargar la indemnización o a soportar una parte todos los daños, no significa, como por ejemplo la fuerza mayor, una causa de exclusión de responsabilidad. A lo más, aunque la conducta del perjudicado pueda implicar un suceso inevitable, independientemente de ello, la apreciación de su concurrencia de culpa es un factor para determinar la indemnización debida por el principal responsable.³²⁵

§ 49.º A semejanza del § 254 del C.C. alemán, los demás Códigos modernos regulan asimismo el supuesto de concurrencia de culpas³²⁶. Así, el vigente C.C. portugués de 1966 se refiere a esta cuestión en sus artículos 570, 571 y 572. Cuando a la causación o agravación de los daños haya concurrido un hecho culposo del perjudicado, el tribunal, con base en la gravedad de las culpas de ambas partes y en las consecuencias que de ellas resultaran, determinará si la indemnización debe ser totalmente concedida, reducida o excluida. Si la responsabilidad se basara en una simple presunción de culpa, la culpa del perjudicado, a falta de disposición en contrario, excluye la obligación de indemnizar. Sigue diciendo este Código Civil que al hecho culposo del perjudicado se equiparan los hechos culposos de sus representantes legales y los de las personas de quienes se sirva. La prueba de la culpa del perjudicado incumbe al que la alegue, pero el tribunal conocerá de dicha culpa aunque no haya sido alegada. El C.C. portugués recoge acertadamente el resultado de la

³²⁵ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 115-116.

³²⁶ Por ejemplo, el C.C. italiano de 1942, en sus arts. 1227 y 1228, y el suizo de 1907 (conocido por su abreviatura en alemán Z.G.B., que entró en vigor el 1 de enero de 1912), en el respectivo art. 44.

compensación de culpas (pago total de indemnización, su reducción o su exclusión), con lo que recorre a todas las variantes de dicha compensación (absorción de la culpa del perjudicado por la del agente, coexistencia de ambas y absorción de la del agente por la culpa del perjudicado); pero omite inexplicablemente para la fecha de su promulgación toda alusión a la compensación de riesgos, salvo que aluda a un concepto amplio de culpa. En caso de no poder determinarse la participación culposa de ambos partícipes, deja también libertad de criterio judicial para fijar la indemnización.

§ 50.º Ya el artículo 1103 del C.C. español, que establece que «*La responsabilidad que proceda de negligencia (...) podrá moderarse por los Tribunales según los casos*», permite al juez aminorar o reducir equitativamente la indemnización debida por el deudor culposo (nunca por el doloso), atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso. Así, las circunstancias del caso (y no la intensidad de la culpa) pueden aconsejar que el juez condene a menor *quantum* resarcitorio que el que resulte de la cuantificación operada desde el artículo 1107, pár. 1.º, del mismo texto legal³²⁷ (por ejemplo, restando de la indemnización debida el provecho o ventaja que la misma conducta dañosa haya generado en el patrimonio del perjudicado³²⁸ o eliminando un porcentaje de la misma porque, conociéndose que al daño ha concurrido la conducta del agente y una circunstancia fortuita, resulta imposible saber con exactitud qué fracción de daño es atribuible a cada concausa). Sucede que, en la jurisprudencia civil, se verifica la utilización de la facultad moderadora del art. 1103 para aminorar o

³²⁷ Según Pantaleón Prieto [en PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., págs. 1038 y sigs.], como en el art. 1107 se establece un régimen de imputación de consecuencias que depende, en los casos de incumplimiento no doloso (pár. 1.º), de lo que las partes previeron o pudieron prever en el momento de constituir la obligación, puede ocurrir que los eventos dañosos previstos sean, en realidad, de una cuantía muy superior a la que razonablemente previeron o pudieron prever. Ante ese error de cálculo, si terminan luego apareciendo esos daños en cuantía superior a la prevista, en efecto, tendrían que ser íntegramente indemnizados, de no ser porque existe el art. 1103, que actúa entonces como lenitivo del art. 1107, solamente para tales casos.

³²⁸ Cfr. DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 576.

reducir la indemnización en caso de concurrencia de la conducta del agente con la de la víctima³²⁹, sobre todo en el campo de la responsabilidad aquiliana, sea por considerarse este precepto previsto para la responsabilidad contractual también aplicable más allá de las obligaciones derivadas de contrato, sea porque se entiende que el bloque de los artículos 1101 y siguientes del C.C. concernientes a la responsabilidad contractual es exportable al terreno del daño extracontractual. El “problema” es que la apelación a la equidad y al referido artículo 1103 como expediente técnico de la reducción de la indemnización, en los casos de concurrencia de culpas, ha provocado que se diga que la cuestión escapa del recurso de casación, por ser algo que queda al libre arbitrio de los tribunales de instancia³³⁰ (cfr. a la S.T.S. de 24 de marzo de 1998³³¹, la S.T.S. de 31 de enero de 2001³³² o la S.T.S. de 9 de julio de 2003³³³, entre otras muchas), salvo en el supuesto de que la compensación haya sido desorbitada o arbitraria (cfr. a la S.T.S. de 5 de diciembre de 2000³³⁴ o a la S.T.S. de 1 de octubre de 2003³³⁵, por ejemplo).³³⁶

§ 51.º La doctrina científica y la jurisprudencia modernas, consecuentes con una visión unitaria del Derecho, hablan de un concepto unitario de la

³²⁹ Para Reglero Campos, aunque el T.S. ha encontrado apoyo normativo en el art. 1103 del C.C., la moderación de la reparación o indemnización del daño en caso de contribución de la víctima se prevé en el art. 114 del C.P., a cuyo tenor «*Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización*», tratándose de una norma estrictamente civil, de modo que es aplicable con carácter general en toda reclamación de daños, no sólo ante los órganos jurisdiccionales penales, sino también civiles, que ya no tendrían que acudir necesariamente al art. 1103 del C.C. (cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 950-951).

³³⁰ Si bien el mecanismo de distribución del daño, en los Códigos Civiles europeos en que se prevé expresamente (en el § 254 del B.G.B. alemán, en los arts. 570, 571 y 572 del C.C. portugués, en los arts. 1227 y 1228 del C.C. italiano y en el art. 44 del Z.G.B. suizo), también deje en manos del juez la fijación de la indemnización, según las circunstancias del caso.

³³¹ RJ 1998, 2049.

³³² RJ 2001, 537.

³³³ RJ 2003, 4617.

³³⁴ RJ 2000, 9887.

³³⁵ RJ 2003, 6851.

³³⁶ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 285 y sigs..

culpa³³⁷. Así, en el supuesto fáctico de concurrencia de varios dañadores o de éstos y del perjudicado a un resultado lesivo, cierta doctrina defiende la unidad de responsabilidad o de imputación (*Haftungseinheit*), sosteniendo que el reconocimiento de la unidad de la culpa conduce en la práctica a una limitación considerable del sistema o criterio de ponderación individual de las conductas implicadas y, en definitiva, repercute en la declaración conjunta de responsabilidad, traducida, ejemplificadamente, en la creación de un vínculo de solidaridad entre los diversos responsables. Desde otro punto de vista, la uniformidad del concepto de culpa contemplado en relación con el sujeto causante de los daños impide que, en caso de diversos perjudicados, pueda ser calificado de diferente manera respecto de cada uno. Cosa distinta es que, tratándose de la misma actividad, a un sujeto se le exija mayor diligencia que a otro (por ejemplo, mayor cuidado al conductor de un camión que al de un turismo), dado que situaciones distintas pueden exigir también una diligencia diferente. A este criterio debe referirse el llamado principio de la relatividad de la culpa.³³⁸

§ 52.º Finalmente, obsérvese que, para que una conducta antijurídica sea culpable, no es suficiente con que concurra el elemento intelectual de la reprochabilidad (concepción normativa de la culpabilidad)³³⁹. Aunque el sujeto conociera o pudiera conocer que su conducta era ilícita, podría no serle exigible

³³⁷ Efectivamente, el T.S. español, sin que pueda decirse que, de forma unánime, mantiene el criterio de unidad de concepto en la culpa, principalmente para aplicar a la extracontractual las disposiciones del C.C. dictadas para la contractual. En este sentido, la S.T.S. de 18 de junio de 1962 (Roj: STS 33/1962) considera «que si bien es verdad que la doctrina científica y lo mismo el derecho positivo y la jurisprudencia admiten dos distintas clases de responsabilidad civil, una, la que procede del incumplimiento del contrato y que es norma en el artículo 1101 del Código Civil, y la otra, que se caracteriza por la inexistencia de vínculo obligatorio relación jurídica preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo, que regula el artículo 1902 y siguientes, lo cierto es que si se han causado daños y perjuicios por culpa o negligencia del infractor, surge en éste el deber de indemnizarlos, lo mismo en el caso de que esa infracción fuese la de una obligación convencional o que fuese de una obligación extracontractual». En sentido contrario, la S.T.S. de 22 de marzo de 1962 (Roj: STS 2693/1962) sustenta que la culpa extracontractual excluye a la contractual «por representar categorías jurídicas contradictorias en Derecho civil».

³³⁸ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 70-73.

³³⁹ Véase, sobre la reprochabilidad, el § 37.º de este mismo capítulo.

actuar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, en las circunstancias concretas en que se hallaba. Motivo por el cual, para que se verifique la reprochabilidad, deberá concurrir además del elemento intelectual un elemento volitivo: la exigibilidad de la obediencia al Derecho. En el marco del desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad, se consideró en la doctrina penalista alemana que constituía una consecuencia inevitable de la misma la admisión de la no exigibilidad de otra conducta, como causa general de exclusión de la culpabilidad; aunque, modernamente, la mayor parte de los penalistas alemanes rechaza esta tesis, por tener excesivamente en cuenta los intereses individuales.³⁴⁰ Por consiguiente, si el concepto de culpa supone que el agente posee la aptitud general para responder de los actos ilícitos que realice, la culpa puede quedar excluida por la concurrencia de causas de exclusión de la culpabilidad o de exculpación³⁴¹. En el Derecho civil, podemos presentar como causa de exculpación todo factor que, a pesar de no constituir propiamente la imposibilidad de entender y de querer en que se traduce la inimputabilidad³⁴², conlleva todavía a una tal perturbación de la voluntad del agente que impide el

³⁴⁰ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Vol. III – *Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, Madrid, 2.ª Reimpresión, 2002, págs. 136-137.

³⁴¹ El Código Civil, tanto el español como el portugués, no las regulan expresamente; si bien que se admite que los principios informantes al respecto de las normas penales puedan tener aplicación en los supuestos de generar simplemente responsabilidad civil.

³⁴² No obstante, según Santos Briz (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 53-54), será justo establecer la responsabilidad de los inimputables por los daños causados por ellos, cuando de las circunstancias especiales del caso aparece como equitativo al menos un resarcimiento parcial. Efectivamente, del art. 20 del C.P. español se deduce que son presupuestos de tal responsabilidad: en primer lugar, que una persona inimputable haya causado con su conducta un daño a otra (a efectos civiles, podrán aplicarse las reglas 1.ª a 3.ª del referido artículo por analogía a otros supuestos de inimputabilidad, máxime si se relacionan con el art. 32, párrafo 2, del respectivo C.C.); en segundo lugar, que el perjudicado no pueda obtener indemnización del daño de un tercero obligado a vigilar al incapaz; y, en tercer lugar, que según las circunstancias, especialmente de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero, la equidad exija un resarcimiento total o parcial. Para este mismo autor, nada puede objetarse en contra de la aplicación de esas normas al campo de las infracciones contractuales, a falta de disposiciones especiales para esta esfera civil. La norma de anulabilidad del contrato en que intervenga un menor no emancipado o un incapaz por otra causa (art. 1263, n.ºs 1 y 2, del C.C. español) no excluye la responsabilidad del mismo, siendo que, a efectos de determinar su alcance, de acuerdo con la norma del art. 32, párrafo 2, del citado Código (la exención tiene menores posibilidades de ser aplicada al amparo de esta norma, que del art. 1263), habrá que acudir a concretar si el menor obró o no con discernimiento, criterio no excluido en Derecho civil, al no existir una edad prefijada en las leyes españolas como mínima para exigir responsabilidad patrimonial.

reproche personal de su conducta, integrante de la concepción normativa de la culpabilidad. Por lo dicho, habiendo causa de exculpación, no hay culpa. La doctrina ha consagrado como **causas especiales de inculpabilidad o de exculpación** el error inevitable y el miedo insuperable³⁴³ – veámoslas sucintamente a continuación:

i. Error inevitable

§ 53.º Por error se debe entender la falsa comprensión, por parte del agente, de los elementos condicionantes que asignaron su conducta objetivamente contraria al ordenamiento jurídico, cuando no existía ningún deber de cuidado, en orden a evitar el engaño. De esta forma, el error deberá incidir, esencialmente, sobre factores determinantes de la conducta del agente y no ser, en sí mismo, fruto de la violación de deberes de cuidado.³⁴⁴ El error excluye la culpabilidad cuando es inevitable, o sea, cuando a pesar de poner toda la atención que le es exigible para no incurrir en conducta antijurídica, el agente incurre, sin embargo, en ella.³⁴⁵

³⁴³ Se pueden puntualizar también, como causas de inculpabilidad, el caso fortuito en sentido amplio, el estado de necesidad exculpante y el exceso de legítima defensa. Sin embargo, el caso fortuito en sentido amplio no se confunde con la ausencia de culpa: en esta última caben los casos en que el daño no se puede atribuir a la negligencia o impericia; en aquél hay un daño producido por un suceso irresistible. En suma, el caso fortuito es un problema de “incausalidad” [véase, a este respecto, el apartado a) Caso fortuito y fuerza mayor, del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente capítulo], mientras que la ausencia de culpa es una cuestión de inculpabilidad. Relativamente al estado de necesidad exculpante y al exceso de legítima defensa, son ambos remisibles a la eximente de miedo insuperable. Hemos visto ya conjuntamente el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de inculpabilidad (en el § 28.º y sigs. de este mismo capítulo), dado que el C.P. español no hace eco expreso del estado de necesidad exculpante al prever la concreta causa de exención punitiva del estado de necesidad (en su art. 20.5.º), al contrario del C.P. portugués (en su art. 35). En cuanto al exceso de legítima defensa, si el exceso en la intensidad de la reacción defensiva se debiera al miedo podría invocarse la eximente de miedo insuperable, como causa de inculpabilidad (tal y como expresamente previsto en el art. 33.2 del C.P. portugués).

³⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 508.

³⁴⁵ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 53-54.

§ 54.º Para una parte de la doctrina, el error no deberá recaer, en principio, sobre elementos del ordenamiento jurídico, sino tan sólo sobre elementos de hecho³⁴⁶. En cambio, para otros autores, la conducta culposa requiere la conciencia de la antijuridicidad, por lo que no queda excluido el reproche de culpa cuando, en caso de error, el desconocimiento tanto de la norma infringida como de la situación de hecho era evitable para el que obra. Tampoco existirá conciencia de la antijuridicidad cuando erróneamente se actúa protegido por una causa de justificación del hecho dañoso, aunque ésta no se halle prevista en el ordenamiento jurídico.³⁴⁷

ii. Miedo insuperable

§ 55.º El artículo 20.6.º del Código Penal español prevé expresamente que está exento de responsabilidad (criminal) «el que obre impulsado por miedo insuperable»³⁴⁸. El miedo constituye, así, el elemento esencial de la eximente³⁴⁹, cuya ausencia determinará la imposibilidad de apreciarla en su versión incompleta (cfr. al art. 21.1.ª del mismo C.P. en relación con el referido art. 20.6.º). Por miedo debe entenderse la alteración de la capacidad de decisión, provocada por el recelo o la aprensión que un sujeto alberga intelectivamente frente a un factor del que deriva la posibilidad de acaecimiento de un evento

³⁴⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 509.

³⁴⁷ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 54-55.

³⁴⁸ Recuérdese que el C.C. español, tal como el portugués, no regula el miedo insuperable como causa de exclusión de la culpabilidad; si bien que se admite que los principios informantes al respecto de las normas penales puedan tener aplicación en los supuestos de generar simplemente responsabilidad civil.

³⁴⁹ En el seno de la doctrina y jurisprudencia españolas, la naturaleza jurídica de esta circunstancia eximente ha sido considerada ya como causa de exculpación, causa de ausencia de acción, causa de inimputabilidad, causa de justificación y excusa absolutoria. La doctrina mayoritaria entiende que la naturaleza del miedo insuperable no puede ser otra que una causa de exclusión de la culpabilidad o de exculpación, debido a la inexigibilidad subjetiva de una conducta adecuada a la norma. Efectivamente, como señala la S.T.S. de 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1857), en esta circunstancia eximente concurre «un presupuesto social de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada porque el derecho y especialmente el derecho penal no puede ni debe imponer obligaciones que desborden la capacidad de realización o de resistencia de la persona situada en el término medio de la comunidad en la que vive».

negativo³⁵⁰. Se trata de una alteración que no lleva a anular la capacidad de conocer y de querer, pues si tal efecto psicológico-normativo llegara a producirse en el sujeto se entraría en los dominios de la inimputabilidad. El mal generador del miedo consiste en la lesión o peligro para bienes jurídicos³⁵¹, no siendo necesario que revista el carácter de típico³⁵², pero lógicamente no puede proceder de una conducta que el Derecho valore positivamente. Del término «impulsado», utilizado por el mencionado artículo 20.6.º, apenas cabe inferir un presupuesto subjetivo lógico para que efectivamente concurra la situación de inexigibilidad subjetiva de la conducta (conflicto normativo individual), tratándose del conocimiento del mal real (en términos objetivos) o irreal (mal supuesto por el sujeto como efectivo y acreditado, según su personal aprehensión intelectual de la situación), así como del peligro o amenaza que comporta el mismo para su persona u otros bienes jurídicos de su esfera de actuación.³⁵³ La eximente de miedo insuperable, en su versión completa, constituye una causa de exclusión de la culpabilidad, debido a la inexigibilidad subjetiva de una conducta adecuada

³⁵⁰ Así, CUERDA ARNAU, M. L., "Comentario al art. 20.6.º", en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 162 y sigs..

³⁵¹ La mayoría de la doctrina española cree que el mal que impulsa a actuar al sujeto por miedo deberá recaer sobre bienes jurídicos personalísimos, limitando la eximente a los supuestos de mal para la vida o la integridad personal. En contra, MORALES PRATS señala que la redacción conferida a la eximente por el C.P. español de 1995, en la que se ha prescindido de la referencia a la ponderación de males, avala la ampliación del ámbito de la misma a supuestos en los que el mal no se proyecte sobre bienes personalísimos [en "Comentario al art. 20.6.º", inserido en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, pág. 188].

³⁵² Lo que la doctrina del Tribunal Supremo español exige es que se trate de un mal real, efectivo y acreditado, por lo que faltando este elemento deberá acudir a la versión incompleta de la eximente o bien a las reglas que disciplinan el error. Así, la S.T.S. de 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 385) afirma que «La doctrina de esta Sala (de lo Penal) viene requiriendo para la aplicación de referida eximente (miedo insuperable): a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. c) Que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta. d) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes, y e) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (Cfr. sentencias de 6 de marzo y 26 de octubre de 1.982, 26 de mayo de 1.983, 26 de febrero y 14 de marzo de 1.986, 16 de junio de 1.987, 21 de septiembre y 16 de diciembre de 1.988, 6 de marzo y 29 de septiembre de 1.989, 12 de julio de 1991 y 19 de julio de 1994)».

³⁵³ Cfr. MORALES PRATS, F., "Comentario al art. 20.5.º", cit., págs. 186-189.

a la norma, que descarta la responsabilidad por culpa y, consecuentemente, la obligación de indemnizar.

§ 56.º La insuperabilidad del miedo constituye el límite objetivo normativo de la exigibilidad subjetiva de la conducta. La ponderación de la exigibilidad subjetiva de la conducta adecuada al Derecho puede adoptar como criterio valorativo la referencia al “hombre-medio”, colocado en la concreta situación del autor que actuó impulsado por el miedo³⁵⁴. En el supuesto de insuperabilidad del miedo, podrá apreciarse la atenuante por eximente incompleta (al amparo del art. 21.1.ª del C.P. español), cuando no queden completamente abolidas las facultades cognitivas o volitivas del agente³⁵⁵, sin que nada obste tampoco, en otros casos similares, a la aplicación de la eximente por analogía (cfr. al art. 21.6.ª del mismo C.P.).³⁵⁶ Siempre que se verifique la eximente incompleta de miedo insuperable, habrá que moderar la obligación de indemnizar en proporción al grado de culpa del agente. La determinación del carácter culposo de la conducta del agente debe hacerse, en el ordenamiento jurídico español, a tenor del concepto objetivo de culpa del artículo 1104 del respectivo C.C., precepto previsto para la responsabilidad contractual pero que se aplica analógicamente a la responsabilidad extracontractual. En el ordenamiento jurídico portugués, sucede al revés: la apreciación de la culpa viene definida en sede extracontractual, en conformidad con la «diligencia de un buen padre de familia, de cara a las circunstancias de cada caso» (según el artículo 487.2 del respectivo C.C.); mientras que, en el ámbito contractual, se remite esta materia para la responsabilidad extracontractual (cfr. al artículo 799.2 del mismo C.C.).

³⁵⁴ Véanse la S.T.S. de 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 385) y la S.T.S. de 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 7306), según la cual «el miedo debe (...) ser insuperable, es decir, al que no podría sobreponerse el común de las gentes o la generalidad de las personas, equivaliendo a la imposibilidad de que el sujeto que padece el miedo se sobreponga al acoso psicológico».

³⁵⁵ Cfr. a la S.T.S. de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1910), en la que «los recurrentes piden la exención completa por miedo insuperable (...) en vez de la eximente incompleta aplicada en la instancia», considerando dicha sentencia que «el "pánico" de que habla la sentencia recurrida es una figura retórica excesiva empleada para dar asiento a la eximente incompleta - correctamente apreciada en la sentencia de instancia».

³⁵⁶ Según MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, cit., pág. 189.

b) Criterio objetivo: riesgo

§ 57.º Aunque la responsabilidad civil es, por norma, una responsabilidad subjetiva o una responsabilidad fundada en la culpa, el moderno Derecho de daños admite hipótesis en que la responsabilidad está basada en supuestos de naturaleza diferente de la culpa, que usualmente giran alrededor de la idea de riesgo. La responsabilidad por riesgo se integra dentro del sistema dicho de responsabilidad objetiva³⁵⁷, que está caracterizado por la no exigencia de culpa en la conducta del que la ley designa como responsable por los daños causados. Sin embargo, la responsabilidad por riesgo no es totalmente identificable con la idea de responsabilidad sin culpa³⁵⁸, aunque se pueda decir, en contraposición a la tesis clásica recogida en el axioma «no hay responsabilidad sin culpa», que no es necesario que aquella responsabilidad se fundamente en la culpa del responsable. La culpa no constituye el fundamento de esta clase de responsabilidad, sino que lo que sucede es que las consecuencias dañosas de ciertas conductas o actividades, aun lícitas y permitidas, recaen sobre el que ha creado, a través de las mismas, riesgos o peligros para terceros. Así, la responsabilidad por riesgo consiste en la imputación de daños a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlos, en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes³⁵⁹, en la senda de Larenz y también Nipperdey³⁶⁰.

³⁵⁷ Véase, a este respecto, el punto 1. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, del capítulo II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

³⁵⁸ Es decir, no debe caracterizarse la responsabilidad por riesgo exclusivamente mediante la nota negativa de ser una responsabilidad sin culpa. Deberá reconocerse, con la doctrina moderna, que se basa en un principio propio de imputación positiva, pero, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de riesgos, no puede aseverarse que en muchos casos haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños. En la senda de Esser, se puede afirmar que el empresario o el poseedor del artefacto peligroso no responden por todos los daños que la explotación o el uso de aquél causen: se excluyen normalmente los debidos a riesgos extraños a la explotación o al uso de la cosa cualificada de peligrosa, debidos a fuerza mayor o a suceso inevitable. - Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 486-487.

³⁵⁹ Véase, sobre la Imputación por riesgo, el punto 2. Imputación y resarcimiento de daños y perjuicios, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

³⁶⁰ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., pág. 484.

§ 58.º En una versión simplificada, se podría entender que la responsabilidad por riesgo, en sus distintas situaciones concretas, se identificaría con la responsabilidad subjetiva, pero sin el requisito de la culpa. De hecho, no es así. La responsabilidad civil traduce, en cada una de sus especies, un modelo complejo, en el que sus diversos elementos se adaptan al conjunto, por veces alterándose. El art. 499 del C.C. portugués establece que «*son extensibles a los casos de responsabilidad por riesgo, en la parte aplicable y desde que no haya preceptos legales en contrario, las disposiciones que regulan la responsabilidad por hechos ilícitos*» (esto es, la responsabilidad subjetiva). Se pueden vislumbrar, así, dos filtros en el ordenamiento lusitano: por «*parte aplicable*» se entiende que no operan las reglas concernientes al hecho, a la imputabilidad, a la ilicitud, a la culpa o al propio nexo causal, por lo que hay que reconstruir el “hecho-riesgo” y la causalidad; y se consideran «*preceptos legales*» todo el ordenamiento jurídico especialmente aplicable, incluyendo normas legales y principios jurídicos.³⁶¹

§ 59.º A partir de los trabajos de Larenz y Esser, Santos Briz describe los diversos factores o elementos que caracterizan la responsabilidad por riesgo, tanto del punto de vista positivo, como negativo³⁶². Uno de los factores que caracterizan este tipo de responsabilidad es que la imputación derivada de responsabilidad por riesgo no se basa en la mera causación. Carece de valor el mero concepto de responsabilidad por el resultado, fundada exclusivamente en la relación material, siendo insuficiente para determinar quién ha de responder por los daños debidos a accidentes. Tampoco es una responsabilidad por la propia acción u omisión, porque surge en muchos casos aunque la cadena causal se enlace a un hecho pretérito no debido a la conducta del obligado a indemnizar. El responsable viene determinado por el titular de la esfera de riesgos en que tenga lugar el daño.

³⁶¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, cit., Libro II, Tomo III, págs. 597-598.

³⁶² En *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 484-485.

§ 60.º Otro de los factores característicos consiste en que la responsabilidad por riesgo supone siempre un cierto riesgo de peligro; pero este riesgo ha de ser el específico resultante de la conducta o de circunstancias objetivas, no siendo suficiente el peligro general inherente a toda suerte de actividad humana. Por ello, deben excluirse de esta responsabilidad los riesgos normales o razonablemente previsibles y tener en cuenta solamente los riesgos imprevisibles o excepcionales, determinados según puntos de vista objetivos.

§ 61.º Es elemental también en la responsabilidad por riesgo la coacción que las circunstancias sociales establecen para la tolerancia del peligro por cada individuo y la contingencia de que el eventual perjudicado no posea estructura o medios propios de defensa, como ocurre, por ejemplo, frente a la circulación de vehículos o a la navegación aérea. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad se caracteriza, pues, por ser ineludible.

§ 62.º Otra característica de los aspectos de hecho de la responsabilidad que aquí nos ocupa radica en que el daño sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo. El daño ha de tener lugar precisamente como realización del riesgo por el que responde el obligado. Por último, cabe señalar que la delimitación cuantitativa de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad por riesgo se fija en la ley, teniendo en cuenta sumas máximas que normalmente se encuentran asociadas a un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

§ 63.º No se puede confundir la responsabilidad por riesgo con la denominada responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas y permitidas³⁶³, aunque esta última sea también una responsabilidad de carácter objetivo. En la

³⁶³ Un ejemplo claro es la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, regulada, en el ordenamiento jurídico español, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ref. BOE – A – 2015 – 10566) y, en el ordenamiento portugués, por la Ley n.º 67/2007, de 31-12 (publicada en el D.R. n.º 251, Serie I, de 2007-12-31), relativa a la responsabilidad civil extracontractual del Estado y demás entidades públicas (alterada por la Ley n.º 31/2008, de 17-07, publicada en el D.R. n.º 137, Serie I, de 2008-07-17).

senda de Esser, se distinguen estos dos tipos de responsabilidad con fundamento en que la responsabilidad por riesgo es una responsabilidad por resultado dañoso, derivado de riesgos no completamente controlables³⁶⁴, cuya dificultad de dominación pudo haber inducido al legislador a considerar su admisión con base en un interés general predominante. Sin embargo, como su explotación o uso benefician en primer lugar al empresario o al usuario, es justo que sea éste y no la comunidad, quien soporte los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir daños son, no sólo los resultantes de accidentes de explotación o uso propiamente dichos, sino también los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes peligros (chispas, escapes, ruidos de motores, etc.); siendo indiferente que el causante del daño esté autorizado o no por acto de la administración pública (concesión) para la explotación que desarrolle, ya que le afecta entonces el principio reconocido de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas y permitidas. Lo que es decisivo es que el amenazado tenga que soportar estas transgresiones, pues en otro caso se le permitiría actuar preventivamente contra las causas del daño; pero ha de quedar indemne por las consecuencias nocivas que se le obliga a tolerar. El fundamento del deber de indemnizar no radica, en estos supuestos, en la antijuridicidad del acto, una vez que éste es conforme al Derecho, ni en la imputación de un determinado riesgo, sino en la exigencia de la justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque de forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho.³⁶⁵

§ 64.º Casos intermedios entre responsabilidad por riesgo y responsabilidad culposa son los de responsabilidad de los dueños o principales por los actos ilícitos cometidos por sus subordinados o dependientes. Se trata,

³⁶⁴ Ejemplificadamente, por tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, tenencia de vehículos de motor, tráfico aéreo o instalaciones productoras de energía nuclear.

³⁶⁵ Véase, a este respecto, SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 487-488.

entonces, de supuestos de responsabilidad sin culpa propia, derivada de la obligación de soportar los peligros originados en la actuación de los auxiliares. En estos casos, la responsabilidad de los dueños o principales por los actos ilícitos cometidos por sus subordinados o dependientes puede fundamentarse en una presunción de culpa por falta de vigilancia o por defectuosa elección, como sucede en el artículo 1903 del C.C. español, o verificarse independientemente de culpa, como ocurre en el artículo 500 del C.C. portugués. La hipótesis de responsabilidad por los auxiliares, sin desprenderse de la idea de responsabilidad por riesgo (llegando a ser calificada como tal), incide simultáneamente en la responsabilidad derivada de contrato, lo que viene confirmar que la responsabilidad por riesgo ocurre tanto en el dominio de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual (cfr. al artículo 800.1 del C.C. portugués o a los artículos 1725 y siguientes del C.C. español, por ejemplo)³⁶⁶.

§ 65.º Asimismo, en materia relativa a las relaciones de vecindad entre predios contiguos, para fundamentar la responsabilidad surgida de las perturbaciones motivadas por el propietario colindante, se ha acudido a la teoría del riesgo, mantenida por autores como Josserand y Ripert. Según esta teoría, la responsabilidad nacida de las perturbaciones entre inmuebles contiguos es extraña a la idea de culpa y sólo debe tenerse en cuenta la importancia del daño. Además, se afirma categóricamente que, en esta esfera, se puede ser responsable sin culpa, aunque se ejercite un derecho que nos corresponda, simplemente a través del ejercicio normal de aquél. Sin embargo, estas ideas no han sido seguidas por la doctrina y jurisprudencia, las cuales estiman que no puede aplicarse la teoría del riesgo.³⁶⁷

³⁶⁶ Véase, a este respecto, el punto 1. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, del capítulo II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

³⁶⁷ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 489-490.

§ 66.º En la pugna establecida entre el principio tradicional de la responsabilidad subjetiva y el moderno de la responsabilidad por riesgo, puede decirse que conserva el primero su preeminencia en todas las legislaciones, siendo en ellas la responsabilidad objetiva declarada en normas de carácter excepcional. Por este motivo, cualquier extensión analógica de estas normas excepcionales debe ser decisivamente negada y debe rechazarse asimismo la idea de la existencia de un principio general de riesgo o de exposición al peligro, que pueda situarse al lado del tradicional principio de la responsabilidad por culpa.³⁶⁸

§ 67.º En la legislación española, aparte de las normas del Código Civil que instituyen una responsabilidad de carácter objetivo y que tienen su origen en las acciones noxales del Derecho romano (artículos 1905 a 1.910), el primer texto legal (Ley de 30 de enero de 1900) que incorpora al ordenamiento español un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva se refiere a los accidentes de trabajo. El actual Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (T.R.L.G.S.S.)³⁶⁹ establece un sistema de responsabilidad casi absoluta, en la medida en que el único caso de exoneración del empresario es la fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, sin que además se consideren casos de fuerza mayor «la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos» y sin que la culpa o imprudencia profesional sea tampoco causa de exoneración, al excluirse expresamente (cfr. a los apartados 4 y 5 del artículo 156 de este T.R.).

§ 68.º En el ámbito del transporte, se instaura por primera vez un sistema objetivo de responsabilidad para la navegación aérea, en 1960, con la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (L.N.A.E.)³⁷⁰, en la que se

³⁶⁸ Según SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., pág. 493.

³⁶⁹ Con última actualización publicada el 30/09/2020 (Ref. BOE – A – 2015 – 11724).

³⁷⁰ Con última actualización publicada el 17/10/2014 (Ref. BOE – A – 1960 – 10905).

dispone que la razón de la obligación de indemnizar «*tiene su base en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que (...) se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito, y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia*» (artículo 120). El sistema queda sustituido, en lo que sea de aplicación, por el Reglamento (CE) n.º 2027/97, del Consejo, de 9 de octubre de 1997³⁷¹, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en la que se suprimen todo tipo de límites cuantitativos a la indemnización por este tipo de accidentes.

§ 69.º Poco después se publicó la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor³⁷². Esta Ley ha experimentado numerosas reformas, pero el sistema de responsabilidad en los daños causados a las personas sigue siendo, salvo algunos retoques, el original de 1962. En este tipo de daños, el conductor de vehículos a motor responde de forma objetiva, «*en virtud del riesgo creado por la conducción de estos*», estableciéndose dos causas de exoneración de responsabilidad: «*la culpa exclusiva del perjudicado*» y la «*fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo*», no pudiendo considerarse como casos de fuerza mayor «*los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos*». Por el contrario, en el caso de daños en los bienes, el originario sistema de responsabilidad objetiva fue modificado por el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario³⁷³, que instituyó una responsabilidad de carácter subjetivo para los daños materiales³⁷⁴.

³⁷¹ Ref. D.O.U.E. – L- 1997 – 81943.

³⁷² Pero que no entró en vigor sino hasta el año 1965 (Ref. BOE – A – 1962 – 24427).

³⁷³ Disposición derogada (Ref. BOE-A-1986-17239).

³⁷⁴ Cfr. al artículo 1.1 del actual T.R.L.R.C.S.C.V.M. (Ref. BOE – A – 2004 – 18911).

§ 70.º La explotación de energía nuclear fue la siguiente actividad sometida a un régimen de responsabilidad objetiva por la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear³⁷⁵, por parte del explorador (cfr. a su art. 45); y, pocos años después, lo fue la caza, mediante la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza³⁷⁶, que, por una parte, remitió a la legislación civil la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y, por otra, hizo objetivamente responsable a los cazadores con motivo del ejercicio de la caza (cfr. a su art. 33). Se siguieron, en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Disposición derogada, con efectos a partir de 2 de octubre de 2016, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁷⁷ y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público³⁷⁸); en materia de responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos, incorporada al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (T.R.L.G.D.C.U.)³⁷⁹; y, en materia de responsabilidad por daños ambientales, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental³⁸⁰.

§ 71.º Conforme previsto en el apartado 1 del artículo 7 del Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de 1969, enmendado por el Protocolo hecho en Londres el 27 de noviembre de 1992 (Convenio de

³⁷⁵ Con última actualización publicada el 28/05/2011 (Ref. B.O.E. – A – 1964 – 7544).

³⁷⁶ Con última actualización publicada el 23/12/2009 (Ref. B.O.E. – A – 1970 – 369).

³⁷⁷ Con última actualización publicada el 23/09/2020 (Ref. BOE – A – 2015 – 10565).

³⁷⁸ Con última actualización publicada el 19/09/2020 (Ref. BOE – A – 2015 – 10566).

³⁷⁹ Con última actualización publicada el 16/03/2019 (Ref. BOE – A – 2007 – 20555).

³⁸⁰ Con última actualización publicada el 22/09/2015 (Ref. BOE – A – 2007 – 18475).

Responsabilidad Civil de 1992), al que España se adhirió con fecha de 6 de junio de 1995, fue aprobado el Real Decreto 1892/2004, de 10 de septiembre, por el que se dictan normas para la ejecución del Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil derivada de daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos³⁸¹, que también establece un régimen de responsabilidad objetiva importante.

§ 72.º Si, en su dimensión legislativa, la irrupción de la responsabilidad objetiva ha sido una constante en el ordenamiento jurídico español a lo largo del siglo XX, particularmente en su segunda mitad, con la introducción del Derecho europeo; la evolución jurisprudencial, si bien algo tardía, ha sido muy notoria, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, a mediados de los años 60. No obstante, con anterioridad se pronunció la S.T.S. de 10 de julio de 1943 (RJ 1943,856)³⁸², que vino modificar radicalmente el estado de la jurisprudencia española³⁸³, la cual imponía al perjudicado la carga de probar la culpa del agente del daño, siendo que en la práctica la víctima tenía frecuentemente dificultades casi insalvables para tal, encontrándose además con unos tribunales poco proclives a declarar la

³⁸¹ Con última actualización publicada el 18/11/2008 (Ref. B.O.E. – A – 2004 – 16317).

³⁸² El caso conocido por esta sentencia consistió en el atropello de un ciclista por un automóvil, en un cruce de calles. Aun reconociendo que el conductor del automóvil había infringido una norma del Código de la Circulación, al no ceder el paso al ciclista que circulaba por la derecha, la Audiencia lo absolvió, con el argumento de que había utilizado las señales acústicas para avisar de su presencia, teniendo además disminuida la visibilidad por una curva y una pendiente de la carretera, motivos que contribuyeron a calificar el suceso de «desgraciado e inevitable». El T.S. casó la sentencia introduciendo en el ordenamiento español una doctrina de enorme trascendencia, al invertir la carga de la prueba de la culpa del dañante en aquellas hipótesis «en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa», en cuyo caso «puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción». Añadiendo, además, que el hecho de que la víctima del accidente no hubiese aminorado la marcha o circulase por el centro de la calle no era suficiente, «no ya para excluir la responsabilidad del chófer, sino ni siquiera para aminorarla».

³⁸³ En su comentario a la sentencia, Hernández-Gil prontamente puso de relieve la respectiva importancia en el marco de la responsabilidad civil (cfr. HERNÁNDEZ-GIL, A., «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1943», *R.G.L.J.*, 1944, págs. 343 y sigs.). No obstante, la pauta marcada por ella tardó algunos años en consolidarse: salvo excepciones, su doctrina no fue acogida con decisión sino hasta principios de la década de los cincuenta, a partir de ciertas sentencias que, además, introdujeron nuevos elementos objetivadores de no poca trascendencia.

responsabilidad del demandado. Esta sentencia significó no tanto una quiebra del sistema de responsabilidad a la sazón vigente en el Derecho español, sustentado sin apenas excepciones en la culpa o negligencia³⁸⁴, incluso en ámbitos que hoy se consideran claramente de riesgo, cuanto la alteración del tratamiento jurisprudencial de un factor de extrema importancia: la carga de la prueba de la conducta culpable o negligente del agente del hecho dañoso³⁸⁵. Sentencias posteriores dieron un nuevo paso en relación con otro de los requisitos tradicionales de la responsabilidad civil: la antijuridicidad del comportamiento dañoso³⁸⁶. Con apoyo normativo en el artículo 1104 del C.C.³⁸⁷, venía a consagrarse así la doctrina según la cual el mero acaecimiento del resultado dañoso es suficiente de por sí para patentizar la falta de diligencia debida, lo que de hecho equivale a la presunción absoluta de la culpabilidad del agente del daño, en cuanto que su sola producción acredita que ha actuado de forma negligente³⁸⁸. En ese momento, la propia jurisprudencia decía situarse en

³⁸⁴ Acaso con las únicas excepciones de los accidentes laborales y de los daños causados por animales.

³⁸⁵ Una decisión a la que seguramente no fue ajena la doctrina jurisprudencial francesa sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas o que, acaso también, tuvo influencia del recién promulgado Código Civil italiano, en cuyo art. 2054 se disciplina este tipo de accidentes y en el que se estableció un sistema de presunción de culpa contra el conductor.

³⁸⁶ Así, la S.T.S. de 25 de marzo de 1954 ha sido la primera en establecer la conocida fórmula, copiosamente utilizada por la jurisprudencia posterior, según la cual «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia» [cfr. a la S.T.S. de 17 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1009)].

³⁸⁷ Un precepto que había sido empleado para la responsabilidad extracontractual en alguna ocasión por sentencias anteriores y cuya aplicación a este tipo de responsabilidad se generaliza, dándole además un significado particular, a partir de la fórmula en él contenida (la omisión de la diligencia que «corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»); por lo que, desde entonces, se exigió ya no sólo la diligencia simple, sino la «exactísima diligencia».

³⁸⁸ Esta doctrina no se aplica cuando se trate de obligaciones de medios y sea evidente la culpa exclusiva de la víctima. Así sucede en la S.T.S. de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4246), en un caso de muerte por trombosis pulmonar, en el que existía especial riesgo de fallecimiento por tal causa dada la adicción a las drogas de la víctima, habiendo sido la asistencia prestada conforme a la «lex artis», donde se recuerda que «nuestra jurisprudencia se mantiene hoy, en líneas generales, fiel a la concepción tradicional de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, fundamentada en la exigencia de una conducta u omisión culpable sobre la base de que su obligación no es de resultado sino de actividad, por lo que consiste en desplegar todos los medios disponibles tanto en el diagnóstico como en el tratamiento para tratar de curar al enfermo, sin que se responda en absoluto por el simple hecho de que tal objetivo no se alcance. Además, lejos de admitir las modernas corrientes que mediante la inversión de la carga de la prueba

una posición intermedia entre el sistema de responsabilidad por culpa y el de responsabilidad objetiva, la cual se reconocía iniciada en la S.T.S. de 10 de julio de 1943 (RJ 1943,856).³⁸⁹

§ 73.º Con todo, se advertía claramente la poderosa influencia de los sistemas de responsabilidad objetiva en España³⁹⁰, al socaire de las nuevas tendencias jurisprudenciales. Esta doctrina objetivadora del Tribunal Supremo español se denomina habitualmente “doctrina del riesgo”, emparentándola de este modo con una de las teorías fundacionales más importantes de la responsabilidad objetiva moderna europea, la “*theorie du risque crée*” formulada por Saleilles y Ripert. Con carácter general, cuando el tribunal decide aplicar la “doctrina del riesgo” atribuye la carga de probar su diligencia al demandado (la conocida «inversión de la carga de la prueba de la culpa») y suele emplear criterios muy estrictos (salvo en contadas ocasiones, insuperables por la actividad probatoria del demandado) para atender acreditada la diligencia debida. En este sentido, la prueba de haber adoptado las medidas de seguridad reglamentariamente establecidas se declaraba, en la época de auge de esta doctrina durante los años ochenta del siglo XX, siempre insuficiente. El apogeo de la “doctrina del riesgo” comienza a remitir a inicios de la década de los noventa del pasado siglo, cuando el Tribunal Supremo empieza a señalar supuestos a los que considera que no debe aplicarse la “doctrina del riesgo”. Estos supuestos son definidos por el alto tribunal sobre la base de la diferencia entre actividades peligrosas o generadoras de un riesgo intenso y actividades que, en relación con el daño en cuestión, no son «generadoras de un riesgo considerablemente

tienden a objetivar la responsabilidad civil en otros sectores, se afirma con rigor, salvo supuestos especiales, que es el paciente quien ha de probar además del nexo causal entre la conducta u omisión y el resultado dañoso que el facultativo no cumplió las exigencias de la «*lex artis ad hoc*» y no aquel que su comportamiento fue diligente». En el mismo sentido, la S.T.S. de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138).

³⁸⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 291-294.

³⁹⁰ Véase, sobre la responsabilidad objetiva en la legislación española: REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 286-290.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

superior a los estándares medios»³⁹¹ o no «generan un riesgo especial o de gran consideración»³⁹². La determinación de los sectores y actividades a los que se aplica y no aplica la “doctrina del riesgo” se ha venido definiendo a golpe de sentencia por el Tribunal Supremo a lo largo de la última década.³⁹³

§ 74.º Así, pues, podría afirmarse que, desde la perspectiva jurisprudencial, el ámbito de supuestos subsumibles en el artículo 1902 del C.C. español se encuentra dividido en dos grandes sectores: el de la responsabilidad por culpa y el de la responsabilidad por culpa objetivada. Cuando el daño se ha producido a consecuencia de la realización de una actividad generadora de «riesgos considerablemente superiores a los estándares normales», a juicio del alto tribunal, al supuesto se le aplica la “doctrina del riesgo”. Si, por el contrario, la actividad no está teñida de ese peligro especial, a la misma le resulta aplicable el régimen de responsabilidad por culpa tradicional³⁹⁴. De cualquier modo, debe destacarse que la expuesta es una línea divisoria que debe tomarse como una especie de criterio general, que el propio Tribunal Supremo no tiene

³⁹¹ Cfr. a la S.T.S. de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2244) y a la S.T.S. de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9343).

³⁹² Cfr. a la S.T.S. de 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6254).

³⁹³ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 294-295.

³⁹⁴ En este sentido, no hay razón que justifique, en el ámbito de la responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual, que pueda existir responsabilidad objetiva o sin culpa, a falta de precepto del que pueda deducirse lo contrario [a diferencia de lo que sucede en otros sectores de la propiedad sobre bienes inmateriales, en los que se estipula una responsabilidad de carácter objetivo, tal como dispone el art. 42/1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (Ref. BOE-A-2001-23093), con última actualización publicada el 27/12/2018, y el art. 54/1 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (Ref. BOE-A-2003-13615), con última actualización publicada el 04/07/2018]. La falta de mención por parte del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (T.R.L.P.I.), con última actualización publicada el 06/05/2020 (Ref. BOE-A-1996-8930), nombradamente de su art. 140, no tiene otra solución que el recurso al régimen general de responsabilidad subjetiva o por culpa del art. 1902 del C.C.. Quizás el aplicar un criterio subjetivo a la responsabilidad por infracción de derechos de propiedad intelectual no haga más que excluir de la aplicación de la acción resarcitoria a los que fueren considerados inimputables (como es el caso de los niños que descarguen música y películas de Internet) o bien a los cometen una infracción sobre las llamadas «obras huérfanas» (obras que no han caído en el dominio público, pero cuyos titulares se desconocen) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., y ARIAS MÁIZ, V., “Responsabilidad Civil por Daños a la Propiedad Intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1638-1640.

inconveniente en saltarse cuando le parece conveniente (aunque podrían entenderse como ejemplo de justicia del caso concreto).³⁹⁵

§ 75.º En el ordenamiento jurídico portugués, a diferencia del derogado Código Civil de 1867, que desconocía la responsabilidad por riesgo, el actual C.C. de 1966³⁹⁶ la regula expresamente (en sus artículos 499 a 519), aparte de ciertos supuestos de responsabilidad sin culpa. Así, este moderno Código distingue la responsabilidad civil, como fuente de obligaciones, derivada de hechos ilícitos y por riesgo, siendo la primera una responsabilidad por culpa³⁹⁷. Por excepción, la responsabilidad del comitente o principal, prevista en el artículo 500, se impone por los actos de su auxiliar, independientemente de la existencia de culpa, cuyo criterio se sigue también en supuestos de responsabilidad del Estado y de otras personas colectivas públicas por los daños causados a tercero por sus órganos, agentes y representantes (artículo 501).

§ 76.º El principio general de la responsabilidad por riesgo, contenido en el artículo 499 del C.C. portugués, es que este tipo de responsabilidad se regula por las normas de la derivada de hechos ilícitos³⁹⁸, excepto en cuanto a lo previsto en la sección a ella dedicada. La principal especialidad es la no exigencia de culpa en su aspecto de omisión de una diligencia, sino a lo más la exigencia de la denominada «culpa social», basada en actividades voluntarias y lícitas diligentes, pero susceptibles de lesionar derechos ajenos, en razón a lo cual se impone la obligación de indemnizar al que controla tales actividades. Así, se regulan expresamente en el actual C.C. portugués tres variedades de la responsabilidad por riesgo: la derivada de daños causados por animales (en su artículo 502), los accidentes causados por vehículos (en los respectivos artículos

³⁹⁵ REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 295-296.

³⁹⁶ En vigor desde el 1 de junio de 1967.

³⁹⁷ La cual corresponde a la responsabilidad prevista en el artículo 1902 del C.C. español.

³⁹⁸ En el referido art. 499 se puede leer que «*son extensibles a los casos de responsabilidad por riesgo, en la parte aplicable y desde que no haya preceptos legales en contrario, las disposiciones que regulan la responsabilidad por hechos ilícitos*» (esto es, la responsabilidad subjetiva).

503 a 508) y los daños causados por instalaciones de energía eléctrica o gas (en sus artículos 509 a 510).

§ 77.º Respecto a la responsabilidad por accidentes de circulación, se estipula que el que tuviere la dirección efectiva de cualquier vehículo de circulación terrestre y lo utilizare en su propio interés, aunque sea por intermedio de otro, responde de los daños derivados de los riesgos propios del vehículo, independientemente de culpa, asimismo que el vehículo no se encuentre en circulación. En cambio, el que conduce por cuenta ajena sólo responde de los daños causados en caso de que no consiga probar que no medió culpa por su parte. La presunción de culpa sólo se establece, por tanto, respecto del que conduce por cuenta ajena³⁹⁹; el que conduce en su propio interés no tiene exoneración de responsabilidad, aunque pruebe que no tuvo culpa en el accidente. Se vuelve a exigir culpa en la hipótesis de transporte gratuito, pues entonces el porteador responde solamente por los daños que causare culposamente.

§ 78.º En lo que concierne a los daños causados por instalaciones de energía eléctrica o gas, la responsabilidad se extiende a los causados por la propia instalación y a los perjuicios que deriven de la conducción de aquellas energías, salvo en cuanto a los daños causados por la propia instalación si al tiempo del accidente ésta se hallaba de acuerdo con las reglas técnicas en vigor y en perfecto estado de conservación. En este último supuesto no hay, por lo tanto, responsabilidad por riesgos, ya que presupone esta responsabilidad la falta de diligencia del titular en la instalación o en su conservación⁴⁰⁰.

§ 79.º A pesar de que el actual C.C. portugués va más lejos que los restantes Códigos continentales, en el dominio de la responsabilidad por riesgo,

³⁹⁹ Siendo esta presunción más reducida que la del art. 2.054, pár. 1, del C.C. italiano.

⁴⁰⁰ Según SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., págs. 508-510.

materias muy importantes, directamente relacionadas con ella, están legisladas fuera del C.C., como es el caso de la responsabilidad por accidentes de trabajo (reglamentada por la Ley n.º 98/2009, de 4 de septiembre, publicada en el D.R. n.º 172, Serie I, de 2009-09-04).

§ 80.º Mucha de la legislación extrínseca a los Códigos Civiles fue producida por el Derecho europeo, que también dispuso sobre responsabilidad por riesgo, en Directivas comunitarias que han sufrido una transposición para los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, como España y Portugal. Así, por ejemplo, las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios han dado lugar, en el ordenamiento jurídico español, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁴⁰¹, que incorpora la regulación sobre la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, contenida en la Ley 22/1994, de 6 de julio) y, en el ordenamiento portugués, a la Ley de Defensa del Consumidor (Lei nº 24/96, de 31 de Julho, publicada en Diário da República n.º 176/1996, Série I-A, de 1996-07-31, cuya última actualización fue efectuada por la Ley n.º 63/2019, de 16 de agosto, publicada en el Diário da República n.º 156/2019, Série I, de 2019-08-16).

§ 81.º A finales de 2014, se dan los primeros pasos del Derecho europeo con respecto a los problemas que, en el ámbito jurídico-social, puede generar la implantación en la vida diaria de las personas de los robots inteligentes⁴⁰², con

⁴⁰¹ Ref. B.O.E. – A – 2007 – 20555.

⁴⁰² Esta idea del robot se refleja en la posibilidad de «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de modo a que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente» (cfr. al n.º 59, apartado f, de la Resolución). Da la impresión de que con esa posible «personalidad electrónica» se sugiere la creación para los robots inteligentes de un *Tertium Genus*: no se tratarían de cosas, pero tampoco se considerarían personas en sentido estricto. Además, tal «personalización» de los robots se plantea, no de un modo general, sino

el Proyecto Europeo «Robolaw». El Proyecto de Informe, con recomendaciones dirigidas a la Comisión, sobre las normas de Derecho civil relacionadas con la robótica, es el primer documento europeo importante sobre la cuestión⁴⁰³. Dicho Proyecto de Informe ha llevado finalmente a la aprobación de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017⁴⁰⁴, con recomendaciones destinadas a la Comisión, para la elaboración de una Propuesta de Directiva relativa a las normas de Derecho civil sobre robótica, incidiendo especialmente en la responsabilidad civil. La Resolución deja abierta para la Comisión la opción de enfocar la naturaleza de esa responsabilidad como una responsabilidad objetiva o como una gestión de riesgos⁴⁰⁵, debiendo apenas basarse su decisión en una previa evaluación que justifique la elección (cfr. al n.º 53 de la Resolución).

§ 82.º En el ámbito de la responsabilidad civil, las recomendaciones de la Resolución se ciñen a que el instrumento jurídico que regule la materia no deberá limitar los daños personales indemnizables causados por robots, en cuanto al tipo o alcance de los mismos, ni tampoco limitar la naturaleza de la compensación, por el solo motivo de que tales daños y perjuicios hayan sido causados por un agente que no pertenece a la especie humana (cfr. al n.º 52 de la Resolución). La Resolución concibe diversas consideraciones respecto de a quién se le puede atribuir la acción u omisión de un robot que cause daños y

específicamente para el ámbito de la responsabilidad civil. Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Robots y Responsabilidad Civil*, Edit. Reus, Madrid, 2018, págs. 74-75.

⁴⁰³ Documento elaborado en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (Ponente: Mady Delvaux) y publicado el 31 de mayo de 2016.

⁴⁰⁴ Procedimiento: 2015/2103(INL) (en el sitio de Internet: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html). En la Resolución aprobada se incluye un Anexo en el que se recogen una carta sobre robótica, un código de conducta ética para los ingenieros en robótica, un código deontológico para los comités de ética de ese tipo de investigación y lo referente a las licencias para los diseñadores y para los usuarios, que vienen a ser una especie de códigos éticos, para diseñadores y usuarios.

⁴⁰⁵ Se puede definir como «la posibilidad de que existan consecuencias indeseadas o inconvenientes de un acontecimiento relacionado con el acceso o el uso de la tecnología y cuya aparición no se puede determinar *a priori*». No todos los riesgos son gestionables, pero los que lo son han de integrarse con los factores de coste, planificación o calidad, para elaborar un plan de gestión de los mismos. – Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Robots y Responsabilidad Civil*, cit., pág. 68.

cómo se articula la responsabilidad correspondiente para hacerla efectiva, en su momento, frente al perjudicado; pero no hace mención concreta de quién o quiénes deban ser los sujetos responsables. Simplemente señala que, en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causen a terceros, sino que lo que se contempla es la posibilidad de atribuir dichos daños a un agente humano que podía haber previsto y evitado el resultado: el productor o fabricante, el operador del sistema, el propietario o el usuario (cfr. al Considerando Z sobre responsabilidad, apartado AD). Como posible solución a la complejidad de la asignación de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por los robots, la Resolución apunta el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio⁴⁰⁶, como el que se aplica a los automóviles (cfr. al n.º 57 de la Resolución), matizando que, mientras que este seguro cubre tanto las actuaciones humanas como los fallos mecánicos, el sistema de seguro para robots tendría que tomar en consideración las responsabilidades potenciales en la cadena de producción, distribución y utilización. Como complemento del seguro obligatorio, es posible la creación de un fondo de compensación⁴⁰⁷, para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios en los supuestos en que no exista cobertura del seguro (cfr. al n.º 58 de la Resolución).

⁴⁰⁶ En el art. 131 del T.R.L.G.D.C.U. se dice que el Gobierno podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños causados por bienes o servicios defectuosos, pero no se ha llegado a desarrollar tal opción en España; aunque hay algunos sectores en los que sí existe la exigencia de dicho seguro, como sucede por ejemplo con respecto al transporte público de viajeros o para los promotores de espectáculos taurinos.

⁴⁰⁷ A pesar de que el art. 131 del T.R.L.G.D.C.U. estableció la posibilidad de que el Gobierno pueda crear un fondo de garantía que cubra total o parcialmente los daños personales causados por bienes o servicios defectuosos, tal no se ha llegado a llevar a cabo en España.

4. El daño

§ 83.º Está asentado en la doctrina que el daño o perjuicio constituye el elemento imprescindible de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, ya que sin daño no hay obligación de resarcir (es conocida la máxima «pas de préjudice, pas de responsabilité») ⁴⁰⁸, hasta el punto que este instituto jurídico se estudia últimamente desde la óptica de los daños, de forma que se identifica a la responsabilidad extracontractual con el Derecho de daños ⁴⁰⁹.

§ 84.º Esta obligación de reparar el daño es la responsabilidad civil, como hemos visto ya ⁴¹⁰, que puede organizarse de dos formas ⁴¹¹: de un lado, los llamados sistemas de tipicidad o supuestos cerrados, entre los que se encuentran el alemán y el portugués, que limitan las posibilidades de exigir la reparación de daños fuera de los contemplados en la fórmula legal; y, de otro, los sistemas abiertos o de atipicidad del ilícito, que tomaron como modelo el *Code Civil* francés, como sucede en España, que contienen cláusulas de responsabilidad abiertas, por las que «todo daño puede ser indemnizable» ⁴¹², desde que se cumplan los demás requisitos de la responsabilidad civil. En los sistemas de tipicidad, únicamente se considera como daño jurídicamente relevante aquel que recae en la esfera de determinados derechos, de modo que los supuestos de daños resarcibles están tasados por el tipo de interés

⁴⁰⁸ Así se distingue, entre otras diferencias, la responsabilidad civil de la responsabilidad criminal: para esta última basta con que se manifieste una voluntad delictiva, sin que sea necesario que se concluya la ejecución iniciada.

⁴⁰⁹ Lo que nos aproxima, siquiera terminológicamente, al Derecho anglosajón de los *torts*.

⁴¹⁰ En el punto 1. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁴¹¹ Tal y como venimos diciendo a lo largo del presente capítulo.

⁴¹² Según PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, cit., pág. 1994.

lesionado⁴¹³, aunque la tipicidad no implique, necesariamente, que la ley contenga de forma expresa todas las hipótesis que puedan dar lugar a responsabilidad civil, sino que alude con carácter general a los supuestos que la ley califica como reparables. A diferencia de los supuestos cerrados o típicos, los sistemas abiertos o de atipicidad no limitan *a priori* los supuestos de daños reparables, pues contienen una cláusula general que permite al intérprete un amplio margen de discrecionalidad, en la que late el principio «*alterum non laedere*»⁴¹⁴. Sin embargo, ambas formas de organización del instituto jurídico son solo aparentemente opuestas, ya que el principio «*alterum non laedere*» está subyacente a toda responsabilidad civil, en nuestra opinión; con el matiz de que, en los sistemas cerrados, los supuestos de daños resarcibles están tipificados, mientras que, en los sistemas abiertos, no se limitan *a priori* los supuestos de daños reparables.⁴¹⁵

§ 85.º La clásica definición de Larenz contempla el daño como «todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio»⁴¹⁶. Otras fórmulas, más modernas, vienen de la mano de los analistas económicos del Derecho de daños, que definen éste como «la disminución de la utilidad del individuo dañado»⁴¹⁷.

⁴¹³ Efectivamente, el art. 483.1 del C.C. portugués no constriñe resarcir todo daño o perjuicio, sino que constituye una cláusula general limitada, que apenas obliga a indemnizar por los daños resultantes de la violación del derecho de otro o de cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos.

⁴¹⁴ El art. 1902 del C.C. español, a semejanza del art. 1382 del *Code français*, no aporta un concepto de daño, siendo la doctrina la que tradicionalmente se ha encargado de proporcionar una definición del mismo, apostando por una concepción igualmente abierta, elástica y prejurídica de daño.

⁴¹⁵ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., «El Daño», cit., págs. 322-325.

⁴¹⁶ En *Derecho de Obligaciones*, Vol. I (Traducción y Notas de SANTOS BRIZ, J.), inserido en Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Vols. 55-56, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 193.

⁴¹⁷ GÓMEZ POMAR, F., «Daño Moral», *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000 (en el sitio de Internet: http://www.indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf).

§ 86.º En un plano puramente teórico, varias teorías han tratado de dar respuesta al interrogante sobre la naturaleza, el concepto y la esencia del daño. La primera que surge en el tiempo es la teoría de la diferencia o *Differenztheorie*, la cual, bajo el prisma de que el daño se produce en el patrimonio de una persona, considerado en abstracto como una suma global de valores, estima que su magnitud será la de la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes y después del hecho lesivo⁴¹⁸. Dada la complejidad de la comparación, tanto la doctrina alemana como la italiana, donde los respectivos tribunales acogieron esta teoría con más entusiasmo, la han criticado por ser excesivamente abstracta y por reducir arbitrariamente el daño al campo patrimonial, contradiciéndose completamente con el dato real de que el daño puede recaer en la persona y sus atributos, se configuren o no como derechos subjetivos. La reacción contraria a este planteamiento dio lugar a la teoría del daño concreto, según la cual el daño patrimonial es el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes materiales. No obstante presentar ventajas frente a la anterior, pues la valoración del perjuicio es concreta y estándar⁴¹⁹, tampoco ha conseguido superar los problemas planteados respecto de los daños que no tengan naturaleza patrimonial. En fin, destaca también la teoría del daño normativo o *Normativer schaden*, surgida en Alemania y recogida en Italia, con la finalidad de superar la determinación del daño mediante el cálculo diferencial y la compensación patrimonial que se pretende con la teoría de la diferencia, además de solucionarse el problema que esta última y la teoría del daño concreto planteaban a la admisión del daño no patrimonial. La teoría del daño normativo enfoca la existencia un daño desde la perspectiva de que éste cumpla con los

⁴¹⁸ En España, la S.T.S. de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2727), por ejemplo, adoptó la teoría de la diferencia para el cálculo del daño patrimonial, afirmando que «la entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil) (...) abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada».

⁴¹⁹ Dado que se fija teniendo en cuenta el valor que el bien dañado tenga para cualquier poseedor.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

requisitos previamente establecidos en la ley, los cuales permiten que una determinada lesión sea considerada como un daño.⁴²⁰

§ 87.º Para que un daño sea reparable, es necesario que haya pasado el juicio de responsabilidad y de imputación. Una vez determinado el responsable, el daño será reparable en la medida en que se encuentre dentro de los límites jurisprudencialmente establecidos que discriminan los daños no reparables. Es, por lo tanto, una operación necesariamente casuística y concreta, no exenta de cierta flexibilidad en su aplicación⁴²¹. En este sentido, la doctrina francesa considera que el daño reparable ha de tener las siguientes características: ser personal, directo⁴²² y cierto⁴²³.

§ 88.º Dentro del concepto de daño en sentido jurídico, es primordial entre las clasificaciones comunes a las responsabilidades contractual y extracontractual la distinción entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, en función de su aptitud para ser evaluables económicamente y su capacidad de ser sustituibles o intercambiables en el

⁴²⁰ Cfr. VICENTE DOMINGO (en “El Daño”, cit., págs. 325-328), que entiende que la teoría del daño normativo es la más aconsejable *de lege ferenda*. La doctrina portuguesa moderna también parece acoger esta teoría, entendiendo daño en sentido jurídico como el que el ordenamiento jurídico reconoce o ampara (cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 411; ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 514-515; y MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 343).

⁴²¹ Cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, cit., págs. 330-332.

⁴²² Si funcionara la característica de que el daño tenga que ser directo y inmediato, sólo serían indemnizables los perjuicios sufridos directamente por la persona inicialmente dañada, puesto que sólo respecto de ésta parece existir el nexo de causalidad. Pero el daño puede ser directo y mediato, cuando exista un nexo de causalidad suficientemente fuerte entre el hecho y el perjudicado «por rebote», con independencia del daño inicial del que se considera autónomo. En consecuencia, este requisito no limita los daños que se reputan reparables, los cuales siguen dependiendo de la prueba de un enlace causal suficiente entre el hecho y el daño indirecto – cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, cit., págs. 336-367.

⁴²³ Las condiciones de resarcibilidad exigidas por la jurisprudencia española son la certeza y realidad del daño [en este sentido, la S.T.S. de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089) declara que «lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales», en el mismo sentido que S.T.S. de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) y la S.T.S. de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5681)]. En el Derecho francés, la postura es unánime al considerar que el daño, para ser indemnizable, no requiere ser actual, sino que puede ser futuro, aunque se exige que sea cierto.

mercado. Así, junto a los daños patrimoniales o económicos, que recaen en la esfera de bienes y derechos que integran el patrimonio del perjudicado⁴²⁴, evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tenga en el mercado cuando el daño se ha causado (si bien la indemnización constituya una deuda de valor)⁴²⁵; están los daños extrapatrimoniales o no patrimoniales, que inciden sobre bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial⁴²⁶, o sea, sobre el acervo espiritual de la persona⁴²⁷, y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto⁴²⁸. Dentro de estos últimos, tenemos los daños extrapatrimoniales no personales (así, los inflingidos a la persona jurídica⁴²⁹) y los daños extrapatrimoniales personales, que incluirían, por un lado, los daños corporales (resultantes de un atentado a la integridad física o psíquica)⁴³⁰ y, por otro, los daños morales⁴³¹ (integrados por los perjuicios

⁴²⁴ Es frecuente que se llame daño material a esta clase de daños, causados «al patrimonio, a los bienes que lo integran, por contraposición al daño moral, sin contenido económico» - cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen Segundo – *Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2.ª Edición (Revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.), 1999, pág. 479; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 546.

⁴²⁵ El art. 1902 del C.C. español, aunque se refiera al daño causado de forma general y abstracta, sin una determinación jurídica previa de los daños, como hemos visto ya, se considera que este daño es precisamente de naturaleza patrimonial.

⁴²⁶ Está admitido por la doctrina (véase DÍEZ-PICAZO, L., *El Escándalo del Daño Moral*, Civitas, Madrid, 2008) y por la jurisprudencia (desde la sentencia del T.S. de 6 de diciembre de 1912) españolas que, si bien el daño extrapatrimonial no se encuentra específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado», que emplea el artículo 1902. Ya en el ordenamiento jurídico portugués, hace mucho que se reconoce la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, en una tradición que se remonta a las *Ordenações Filipinas* o *Código Filipino* (ordenado por Felipe I de Portugal y II de España). Actualmente, es el artículo 496 del Código Civil el que estipula el establecimiento de una indemnización por daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan la protección del Derecho.

⁴²⁷ Cfr. a la S.T.S. de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089).

⁴²⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, *A.D.C.*, 1959, pág. 1268; y VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, cit., págs. 338-350.

⁴²⁹ El Tribunal Supremo español ha reconocido ya que las personas jurídicas pueden sufrir daños extrapatrimoniales «causados por el ataque al prestigio, dignidad y estima moral de la empresa» [cfr. a la S.T.S. de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3501)].

⁴³⁰ En materia de daños corporales, se verifica una acusada tendencia a que este tipo de reclamaciones se incardinan a través de acciones aquilianas, por más que el daño haya derivado del incumplimiento contractual – según YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 192 y sigs..

⁴³¹ Clasificación propuesta por Vicente Domingo (en VICENTE DOMINGO, E., *Los Daños Corporales: Tipología y Valoración*, Boch, Barcelona, 1994, págs. 51 y 52).

causados en la esfera espiritual de la persona, como es el caso del dolor y de los daños a los derechos de la personalidad: el honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen⁴³²). Comoquiera que los daños corporales pueden tener consecuencias pecuniarias (como los gastos médicos y paramédicos realizados o la pérdida de rentas, ganancias y hasta de oportunidades) y no pecuniarias (dolor físico o *pretium doloris*, perjuicio estético, perjuicio sexual, pérdida de agrado, *pretium affectionis* de los terceros perjudicados por las lesiones o la muerte de una persona, etc.), considera Yzquierdo Tolsada que, una vez aceptada sin reparos la categoría autónoma del daño corporal, es perfectamente asumible reconducir la cuestión a la dicotomía tradicional, que ve las cosas desde el punto de vista de las consecuencias, siendo la que es seguida por el C.P.: daños materiales o patrimoniales y daños morales o no patrimoniales⁴³³.

§ 89.º Los daños patrimoniales tradicionalmente se dividen, para «medir el alcance del daño patrimonial indemnizable» como dice Díez-Picazo⁴³⁴, en dos

⁴³² Amparados, en el ordenamiento jurídico español, por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Ref. BOE-A-1982-11196), con última actualización publicada el 23/06/2010, cuyo art. 9/3 contiene la presunción del perjuicio: basta con acreditar la existencia de intromisión ilegítima en la esfera de alguno de estos derechos (determinada a través de una delimitación positiva, establecida en sus arts. 2.1 y 7, y de una delimitación negativa, instituida en sus arts. 2.2 y 8) para que el daño se dé por probado (por ejemplo, la simple colocación de un dispositivo de grabación en una vivienda privada, aunque no se haya hecho uso del mismo, permite la presunción de perjuicio al juzgador, una vez que dicha conducta es considerada constitutiva de intromisión ilegítima, en los términos del art. 7.1 de la mencionada Ley). Cuestiones irresueltas por el legislador son, por un lado, si la presunción tiene carácter «*iuris et de iure*» o «*iuris tantum*», inclinándose para esta última posibilidad Yzquierdo Tolsada, en la generalidad de los casos; y, por otro, cuál el alcance objetivo de la presunción, compartiendo Yzquierdo Tolsada la opinión sustentada por Martín Casals y Salvador Coderch: la presunción solamente abarca al daño moral, quedando en cambio el daño patrimonial sujeto a la exigencia de prueba propia de las acciones indemnizatorias comunes [cfr. MARTÍN CASALS, M., y SALVADOR CODERCH, P., “Comentario a la STS 18 abril 1989”, C.C.J.C., núm. 21, págs. 757-758; y YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad y Propia Imagen)”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1451-1454].

⁴³³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 192 y sigs..

⁴³⁴ En *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 322.

grandes grupos: el daño emergente y el lucro cesante⁴³⁵. El daño emergente es el daño patrimonial directo y efectivo, que se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido o en los que se vaya a incurrir como consecuencia del hecho dañoso. Se trata de daños efectivamente producidos, porque constituyen gastos realmente realizados por el perjudicado o un tercero, no sólo para la reparación del bien dañado o para su reposición⁴³⁶, sino también ocasionados por otros conceptos, desde que éstos estén relacionados o causalmente conectados con el evento dañoso. Por lo tanto, estos daños existen en la medida en la que se puedan acreditar a través de los correspondientes documentos de gasto. El problema que colocan los daños emergentes es el de su límite, una vez que no basta con que se prueben⁴³⁷, sino que han de quedar justificados en el contexto en el que el daño se haya producido⁴³⁸. El lucro cesante se configura como la ganancia dejada de

⁴³⁵ El art. 1106 del C.C. español prevé que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como de la extracontractual. Según el art. 564.11 del C.C. portugués, el deber de indemnizar comprende tanto el daño causado (daño emergente) como el beneficio que la persona lesionada no pudo obtener como resultado de la lesión (lucro cesante).

⁴³⁶ Cuando el coste de la reparación es superior al valor del daño, se plantea la cuestión de hasta dónde ha de alcanzar la indemnización, bien al llamado valor venal o bien al de la reparación. Entre una y otra posición, se encuentra actualmente una tendencia intermedia en España.

⁴³⁷ Según las reglas de la apreciación de la prueba, es el juzgador el que decide sobre este aspecto.

⁴³⁸ «Es de recordar que reiteradamente se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala (de lo Contencioso) -por todas, sentencia de 20 de febrero de 2012, dictada en el recurso 527/2010 (RJ 2012, 4138), con abundante cita- en relación con esta cuestión sobre la valoración de la prueba a efectos de fijar la indemnización, que *"solo es posible cuando la cuantía es desproporcionada y arbitraria en razón de las circunstancias concurrentes tal como pone de relieve, con invocación de otras sentencias anteriores, la Sentencia de 29 de septiembre de 2010, recurso de casación 857/2008, Sección Cuarta (RJ 2010, 6864), al apreciar la existencia de un acto imprudente de la perjudicada (ingestión de cuchara que se aloja en estómago) para reducir la cuantía. O la Sentencia de 16 de marzo de 2010, recurso de casación 5528/2005, Sección Sexta (RJ 2010, 4393), que la incrementa (diagnóstico médico erróneo de un hombre relativamente joven que quedo permanentemente incapacitado para una vida normal) al ser manifiestamente baja por debajo del límite mínimo de lo razonable atendiendo al criterio indemnizatorio usualmente seguido por la Sala en supuestos similares sin necesidad de atender a los baremos recogidos en las normas sobre seguros en razón de que no son vinculantes y solo tienen un carácter orientador."*» [cfr. a la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1401)].

obtener o la pérdida de ingresos⁴³⁹, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo⁴⁴⁰. Es opinión doctrinal comúnmente admitida⁴⁴¹ que la apreciación del daño pecuniario derivado de la pérdida de rentas y ganancias profesionales, aparentemente, no plantea especiales dificultades, al margen de las de la prueba que discurre conforme a las reglas generales.⁴⁴² No obstante, la práctica confirma que la prueba del lucro cesante es un escollo difícil de superar, dado que en la mayoría de los casos se levantan problemas ante la imposibilidad de determinar con exactitud mediante pruebas contundentes su realidad y su verdadero alcance⁴⁴³.

§ 90.º Concepto distinto al de lucro cesante es el de pérdida de oportunidad⁴⁴⁴. Aquí se trata de la frustración de expectativas de ganancias

⁴³⁹ La S.T.S. de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404) declara que «el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994).» Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S. de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7208), la S.T.S. de 7 de julio de 2005 (RJ 2005, 9545), la S.T.S. de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6380) y la S.T.S. de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7287).

⁴⁴⁰ No debe confundirse el lucro cesante con el daño futuro, como tampoco el daño emergente con el daño actual, pues puede existir daño emergente actual y futuro y lucro cesante actual y futuro (según ZANNONI, E., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 73). Por ej., en un accidente de automóvil con lesiones corporales, será daño emergente el coste de reposición de un automóvil similar al destruido y los gastos médicos y lucro cesante actual los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar durante la convalecencia. Constituirán además daños emergentes futuros los gastos que deberá acometer para el tratamiento de las secuelas permanentes y lucro cesante futuro las ganancias que dejará de percibir por la incapacidad permanente. – Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 189 y sigs..

⁴⁴¹ Véase, por todos, DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, cit., pág. 322.

⁴⁴² Cfr. VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, cit., págs. 342-349.

⁴⁴³ Como señala la S.T.S. de 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590), la «Sala (de lo Civil) ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, mas que el rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto implícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996)». Véase, además de la S.T.S. de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5662) y de la S.T.S. de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235), la S.T.S. de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7287).

⁴⁴⁴ Concepto utilizado de modo explícito en la S.T.S. de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371), en un caso sobre responsabilidad médica, en la que se consideró que «a la demandada (...) no

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

futuras⁴⁴⁵: si en el lucro cesante estamos ante la certeza de una situación jurídicamente idónea por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (y acaso en el presente), en la “pérdida de *chances*” se da la ausencia de tal certeza⁴⁴⁶. Está claro que no se puede exigir indemnización por un daño

se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas». Fundamento por el cual esta parte demandada ha sido condenada al pago de la suma de UN MILLÓN QUINIENTAS MIL PESETAS.

⁴⁴⁵ Según la sentencia portuguesa del S.T.J. de 05-02-2013 (Proceso: 488/09.4TBESP.P1.S1), «El daño de la "pérdida de oportunidad" que se indemniza no es el daño final, sino el daño "avanzado", constituido por la pérdida de oportunidad, que debe ser medida con relación a la probabilidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que no se buscaba, ni superior ni tampoco igual a la cantidad que se atribuiría al perjudicado, si se verificase el nexo causal entre el hecho y el daño final. Para lo que importa proceder a una tarea de doble evaluación, es decir, en primer lugar, se realiza la evaluación del daño final, para luego fijar el grado de probabilidad de obtención de la ventaja o de evitación del perjuicio, después de lo cual, obtenidos tales valores, se aplica el valor porcentual que representa el grado de probabilidad en relación al valor correspondiente a la evaluación del daño final, constituyendo el resultado de esta operación la indemnización a atribuir por la pérdida de oportunidad.»

⁴⁴⁶ Viney [en VINEY, G., “Les obligations. La Responsabilité: conditions”, en GHESTIN (Dir.), *Traité de Droit Civil*, Tomo IV, L.G.D.J., Paris, 1982, págs. 341 y sigs.] y Mazeaud y Tunc (en MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 307 y sigs.) suministran numerosos ejemplos: una culpa médica impide a un aspirante someterse a un examen, la omisión de un procurador provoca la imposibilidad de continuar un procedimiento e hipotéticamente ganarlo o un caballo que debía correr un gran premio en el hipódromo no lo hace a causa de un retraso del transportista. En ninguno de estos casos se puede afirmar que, con certeza, el resultado apetecido se habría conseguido, pero como afirma este autor privar de las esperanzas también supone un perjuicio, por mucho que su valoración resulte extremadamente delicada (cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 190 y sigs.). Cuando un abogado es encargado de la dirección letrada de un pleito, salvo en aquellos casos en los que pueda asegurarse que la pretensión frustrada habría sido estimada por los órganos de la jurisdicción de no mediar la actuación negligente o la omisión del letrado (por ejemplo, cuando la pretensión que frustra el letrado se enjuicie junto a la pretensión de otra persona dentro de un mismo procedimiento, que sigue su curso y termina con una sentencia estimatoria de esa otra pretensión), la no interposición de una demanda o de un recurso en plazo privará al cliente, a lo sumo, de la posibilidad de conocer un fallo judicial que podría haber sido favorable a sus intereses. En este supuesto, se produce la pérdida de unas expectativas procesales, la pérdida definitiva de la oportunidad de que esa pretensión del cliente sea estimada por los órganos de la jurisdicción. Para que el daño por pérdida de la oportunidad procesal reúna las condiciones necesarias de certeza y para que, en consecuencia, resulte indemnizable, será necesario que concurren ciertos requisitos: que el resultado sea definitivo (esto es, que la situación no pueda ser solucionada con otros remedios procesales - v. gr., los recursos) y que antes de la defectuosa actuación u omisión del letrado existiera alguna oportunidad de que la pretensión fallida fuera estimada (lo que no sucederá con las pretensiones totalmente infundadas o carentes de base jurídica). - Cfr. CRESPO MORA, M. C., “La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, N.º 25, Barranquilla, 2006, págs. 273-274.

meramente posible⁴⁴⁷, pero no se debe pasar por alto que puede haber ocasiones en las que el evento dañoso provoca la colocación de la víctima en una situación de verdadera frustración de expectativas⁴⁴⁸, como sucede en las denominadas demandas por “*wrongful birth*” (nacimiento de un hijo no previsto) o por “*wrongful life*” (nacimiento de un hijo con problemas físicos o psíquicos), lo que puede constituir en sí mismo un perjuicio.⁴⁴⁹

§ 91.º Así, la pérdida de la oportunidad constituye una nueva categoría de daño, distinta conceptualmente del daño emergente que no se ha evitado, distinta del lucro cesante, ventaja o beneficio final esperado, distinta del daño moral y distinta también del daño material⁴⁵⁰. La doctrina española ha identificado

⁴⁴⁷ Para la jurisprudencia española, «el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarla» [cfr. a la S.T.S. de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)]. Aunque el cliente, que es víctima de comportamiento negligente por parte de su abogado en un litigio judicial, suele identificar el daño que sufre con la falta de obtención de la pretensión que reclamaba o con la privación de una sentencia favorable a sus intereses, el Tribunal Supremo español ha negado reiteradamente las indemnizaciones por este concepto, al tratarse, por regla general, de daños inciertos e hipotéticos [cfr. a la S.T.S. de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) y a la S.T.S. de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285)]. Señalan expresamente el carácter eventual de este daño BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Responsabilidad de abogados y procuradores”, *Aranzadi Civil*, Año 1997, N.º 3, pág. 20; ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Año 1999, N.º 11, pág. 92, y CERVILLA GARZÓN, M. D., “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *Actualidad Civil*, Año 2003, N.º 40, pág. 1085.

⁴⁴⁸ Cuestión distinta es si el evento dañoso ha sido precisamente lo que le privó al sujeto de la situación idónea para aspirar a convertir en hechos esas expectativas. Ahí ya falta el requisito de la relativa certeza del daño y nos movemos en el terreno de la simple conjetura, del daño puramente eventual y, como tal, no resarcible, pues la conducta que se reprocha es precisamente la que ha impedido que el que se dice damnificado se encuentre en la situación idónea para lograr la ganancia. Así, si la opción adoptada por los profesionales que asistieron el parto consistió en desechar la hipótesis de la cesárea, la S.T.S. (Sala 3.ª) de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2275) encuentra nexo causal entre tal actuación y la pérdida de oportunidad provocada por la asfixia perinatal del feto.

⁴⁴⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 190 y sigs.. Como dice Vicente Domingo (en VICENTE DOMINGO, E., *Los Daños Corporales*, cit., pág. 131), «es bien distinto hablar de valoración del daño futuro e incierto, postura un tanto arriesgada porque implicaría una extensión ilimitada del sistema de reparación, que decir que la propia *chance* tiene un valor, porque su desaparición es un daño actual y cierto, ya que aquella, efectivamente, existía en el patrimonio del sujeto antes de que sufriera la lesión».

⁴⁵⁰ FEMENÍA LÓPEZ, P., “La Indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Coord.), *Derecho de Daños*, Edit. Sepin, Las Rozas, 2011, 443 y sigs..

dos funciones de la pérdida de oportunidad: una «*ontológica*» –que a su vez se desdobra en dos modalidades– y otra «*etiológica*»⁴⁵¹. La primera, consiste en la consideración de la oportunidad perdida como un daño distinto del daño final. A tal fin, se han utilizado dos argumentos: por un lado, que la oportunidad es un bien en sí mismo perteneciente al patrimonio del actor, siendo susceptible de ser valorado como tal; y, por otro, que la pérdida de la oportunidad constituye una lesión a un bien de la personalidad (en este caso, al derecho a la tutela judicial efectiva), que origina un daño moral desconectado –aunque no siempre en su cuantificación⁴⁵²– del daño al interés principal. La opción por la acepción «*ontológica*» en sus dos versiones (la “*chance*” misma como bien patrimonial dañado y la pérdida de oportunidad como daño moral) tiene la ventaja de obviar los problemas de causalidad⁴⁵³. La segunda perspectiva del problema planteado viene constituida por la acepción «*etiológica*» de la pérdida de oportunidad, que enfoca la responsabilidad desde el punto de vista de la relación causal entre la conducta del agente y el daño⁴⁵⁴ por lesión al interés final, gestionando la incertidumbre causal a partir de un criterio de prueba probabilístico⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ Véase, a este respecto, MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.

⁴⁵² Cfr. a la S.T.S. de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250).

⁴⁵³ Si bien hay que advertir que no siempre que la demanda se fundamenta en un daño moral se prescinde del juicio de probabilidad [véase la S.T.S. de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630)] y que, llegado el asunto a casación, el T.S. no discute la calificación moral del daño -pues se lo impide normalmente la necesidad de adecuarse a los estrictos términos del debate casacional-, sino su valoración de acuerdo con el juicio probabilístico [Cfr. a la S.T.S. de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)]. Por lo tanto, es posible encontrar sentencias que consideran el daño consistente en la pérdida de oportunidad como «moral», pero lo valoran con referencia al cálculo probabilístico del éxito *patrimonial* de la acción malograda.

⁴⁵⁴ Patrimonial, desde la S.T.S. de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548).

⁴⁵⁵ Sólo esta última técnica responde a la técnica indemnizatoria de la pérdida de oportunidad, como entiende la jurisprudencia desde la clarificadora S.T.S. de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) y como confirma la S.T.S. de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959), cuando objeta a la sentencia de instancia que «*mezcla el daño moral, el patrimonial y la pérdida de oportunidad para confirmar la sentencia del juzgado, que parece acudir al criterio de pérdida de oportunidad para indemnizar los daños y perjuicios (...) sin precisar que oportunidades se perdieron*».

§ 92.º La doctrina de la pérdida de oportunidad⁴⁵⁶ es un criterio modulador de la causalidad «altamente probable o eficiente» que –suavizando la necesidad de prueba de la relación causal⁴⁵⁷– permite afirmar la responsabilidad en los casos en los que existe una incertidumbre seria sobre dicha relación, minorando la indemnización de forma proporcional a la probabilidad de que una actuación correcta del agente pudiera haber evitado un resultado adverso o pudiera haber hecho posible una ventaja de la que, de otra forma, se le ha privado irreversiblemente al actor. Como se deduce de la definición anterior, forma parte de la técnica de la pérdida de oportunidad el que la prueba sea facilitada en el sentido de admitir la causalidad hipotética con la sola demostración de la probabilidad⁴⁵⁸. En este mecanismo de determinación causal de carácter

⁴⁵⁶ Véanse a continuación, sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, el § 110.º y sigs. del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁴⁵⁷ Véase, a este respecto, GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho – Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁴⁵⁸ En el ámbito de un litigio judicial, para calcular tal probabilidad se han propuesto diversos métodos o procedimientos. Uno de ellos sería el método estadístico, que consiste en averiguar el porcentaje de éxito de aquellas reclamaciones que parten de supuestos de hecho parecidos al caso frustrado por la impericia o negligencia del abogado [parece decantarse por este método GÓMEZ POMAR, F., en “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 8.4.2003”, *InDret 3/2003*, pág. 7 (en el sitio de Internet: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/154_es.pdf)]. Si bien que tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas han propuesto como posible procedimiento para cuantificar la probabilidad el denominado «juicio dentro del juicio». La primera sentencia del T.S. español que recurre al procedimiento denominado «juicio dentro del juicio» para cuantificar los daños derivados de la actuación negligente de un letrado es la S.T.S. de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793). Posteriormente, tanto el alto tribunal [entre otras, en la S.T.S. de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971) y en la S.T.S. de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)] como las diferentes Audiencias Provinciales han acudido de forma reiterada a analizar la viabilidad de la pretensión frustrada como criterio de cálculo de la indemnización en estos supuestos; pero también existen sentencias del alto tribunal que rechazan este método [como es el caso de la S.T.S. de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)]. El criterio del «juicio dentro del juicio» puede ser definido, en los términos de la S.T.S. de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914), como una «operación intelectual» realizada por el órgano judicial «consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo» (utilizan este criterio de valoración como método para calcular la indemnización en estos casos YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 190 y sigs.; y SERRA RODRÍGUEZ, A., *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 243). Una vez calculadas las probabilidades de éxito de la pretensión frustrada, los tribunales aplican el porcentaje obtenido a la cantidad solicitada en el proceso frustrado por la impericia del letrado. La cantidad resultante será el valor de la indemnización por pérdida de la oportunidad. La utilización conjunta de estos dos criterios para calcular el quantum de la indemnización por los tribunales españoles puede encontrarse, entre otras, en la S.T.S. de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971) y en la S.T.S.

conjetural, la probabilidad es el único instrumento capaz de resolver el problema de la incertidumbre causal, una vez resuelto el problema del umbral de la causalidad cualificada o, por el contrario, inexistente. Transformar el daño indemnizable en una lesión a un bien distinto de carácter moral, negar el probabilismo (como ocurre cuando, para reducir una indemnización, se afirma que el éxito de una hipotética conducta diligente del demandado es incierto, sin más consideraciones probabilísticas) o facilitar la prueba hasta el extremo de dar por probada la relación causal en relación a la totalidad del daño, son tratamientos erróneos de la incertidumbre causal que constituyen un defecto procesal de falta de motivación que conduce a la indefensión⁴⁵⁹. Sin embargo, todos los anteriores errores argumentativos son frecuentes, especialmente en algunos ámbitos de servicios profesionales (como el jurídico o el sanitario⁴⁶⁰), rodeados de especiales dificultades de determinación del nexo causal.⁴⁶¹

§ 93.º Desde el momento en que todo daño es efecto o consecuencia de una acción u omisión, cronológicamente es siempre posterior (siquiera unos segundos) al suceso en que tal acción u omisión vino a consistir; pero, cuando hablamos de daño presente o actual y de daño futuro, el momento del análisis es el de la resolución judicial, arbitral o convenio que decide la efectiva concurrencia de los elementos de la responsabilidad y la procedencia del resarcimiento. Si el daño actual se prolonga, se verifica el llamado daño continuado, en el que un interés patrimonial actualmente afectado, en razón del evento dañoso, sufre también menoscabo con proyección hacia el futuro. Sin

de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323), y es expresamente propuesta por GÓMEZ POMAR, F., “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral...”, cit.; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “Sobre la identificación y valoración del daño en la responsabilidad civil de procuradores y abogados. Comentario a la STS de 28 de julio de 2003”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, núm. 13, pág. 291.

⁴⁵⁹ En especial, el primer caso puede conducir a un defecto de incongruencia procesal en los casos en los que el demandante había solicitado la indemnización por el daño patrimonial final.

⁴⁶⁰ Por todos, véase ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

⁴⁶¹ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018, BIB\2018\10393.

embargo, no deben confundirse los daños futuros con los daños sobrevenidos o daños nuevos: en el daño futuro, hay unos gastos que se sabe, en el presente y con certeza, que se deberán acometer en el futuro (por ejemplo, en caso de una secuela permanente que exigirá de la víctima un desembolso constante para su tratamiento médico); los daños sobrevenidos consisten en aquellos que, guardando relación de causa a efecto con el hecho dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad a la resolución y sin que ésta pudiera tenerlos en cuenta (así sucede con la dolencia física que, habiendo sido totalmente evaluada, se agrava posteriormente provocando una secuela añadida)⁴⁶² – se produce una «reactivación de los daños», en términos de Ángel Yagüez⁴⁶³.

§ 94.º La distinción entre daños inmediatos y daños mediatos no se efectúa desde el punto de vista del contenido del daño, sino de las consecuencias o efectos del hecho dañoso: hay daños que son consecuencia inmediata de la conducta del agente y daños que constituyen consecuencia mediata, indirecta o remota, pero se trata en realidad más de un problema de relación de causalidad que de tipología de los daños⁴⁶⁴. Es común en la doctrina moderna, fuertemente inspirada en Pothier, utilizar las expresiones “daño directo” y “daño indirecto” para designar, respectivamente, los daños que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual o los que constituyen consecuencia mediata, no siendo imputables estos últimos al deudor incumplidor por no guardar relación causal adecuada con su comportamiento.⁴⁶⁵

⁴⁶² Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 186 y sigs..

⁴⁶³ En *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 950.

⁴⁶⁴ El art. 1107 del C.C. español distingue, en materia de responsabilidad contractual, según la gravedad del comportamiento del deudor: en caso de incumplimiento de buena fe, el deudor viene a responder de los daños y perjuicios «*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento*»; en cambio, en caso de dolo, el resarcimiento abarcará «*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*». Así, no serán nunca resarcibles las consecuencias mediatas o remotas, ni siquiera cuando exista un comportamiento doloso, por falta de conexión causal con la conducta del agente; pero las inmediatas lo serán siempre para el deudor doloso y sólo en la medida en que fueran previsibles para el incumplidor de buena fe.

⁴⁶⁵ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 187 y sigs..

§ 95.º Entre las clasificaciones exclusivamente propias de la esfera contractual, es ya clásica la distinción entre el daño al interés contractual positivo y el daño al interés contractual negativo. Ante un incumplimiento contractual, esta distinción parte de la posibilidad de comparar la situación real en la que se halla el contratante perjudicado con dos situaciones hipotéticas diferentes: una es el cumplimiento correcto en tiempo y forma y la otra es que el contrato no se hubiese celebrado. La primera situación representa los daños contractuales en sentido propio, o sea, el interés contractual positivo; y la segunda incorpora los daños a la confianza o el interés contractual negativo. El fundamento de la indemnización del daño al interés positivo o “interés de cumplimiento” está en la existencia misma del contrato, mientras que la del daño al interés negativo o “interés de confianza” se halla en la frustración del mismo⁴⁶⁶.

§ 96.º Generalmente, las partes de un contrato solamente prevén los daños que derivan del incumplimiento de la obligación en relación con la cosa que es objeto de la misma (daños *propter rem ipsam habitant* o daños intrínsecos), pero no aquellos que la inejecución de la obligación ocasiona en otros bienes del acreedor (daños *extra rem* o daños extrínsecos). De hecho, el deudor puede, como consecuencia directa e inmediata de su incumplimiento,

⁴⁶⁶ La idea se capta muy bien en las obligaciones sinalagmáticas, pues toda prestación tiene un valor económico neto y toda prestación incumplida sustrae ese valor de la esfera patrimonial del acreedor. Cuando se opta por la resolución y no por el cumplimiento, el demandante solicitará además el resarcimiento de unos daños que pueden ser de diversa índole, pero que, en principio, no podrán atender a un interés patrimonial derivado de su derecho a que el contrato se cumpla (por ej., si el comprador quiere que le entreguen la casa, aunque sea después del plazo previsto en el contrato, podrá pedir que además le indemnicen por los gastos de alojamiento y de guardamuebles durante el tiempo que duró la mora, pero no se le indemnizará por los gastos para dar de alta el suministro de luz o de agua, porque le siguen siendo útiles). En cambio, si se pide la resolución más la indemnización, buscará colocarse el perjudicado en la situación anterior a la propia celebración del contrato, resarciéndolo del perjuicio sufrido por haber celebrado un contrato que ha quedado resuelto por causa imputable a la otra parte y no como si el contrato se hubiese cumplido, pues a ello ha renunciado el reclamante al pedir precisamente la resolución (es el caso de, en el ej. anterior, ese mismo comprador optar por resolver el contrato e irse a vivir a otro lugar, pudiendo así solicitar la indemnización por el alta en los suministros). Sin embargo, no se piense con este ejemplo que la resolución contractual y el interés contractual negativo caminan siempre juntos, porque tal puede no suceder. – YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, págs. 146-147.

ocasionar un perjuicio en unos bienes o derechos del acreedor que forman parte del objeto de la obligación, pero que también fueron dispuestos por el acreedor a la vista de esa conducta debida por el deudor que ahora ha sido incumplida o cumplida defectuosamente. Así, cuando un médico o un abogado realiza negligentemente un acto profesional y viola además el secreto profesional, agrede dos esferas del patrimonio del cliente: una incluida en la prestación que el contrato de servicios profesionales conllevaba y la otra en la esfera de su intimidad personal. Unos son daños intrínsecos y los otros extrínsecos^{467, 468}

5. La relación o nexa causal entre el hecho y el daño

§ 97.º El último de los elementos de la responsabilidad civil que hay que analizar es el de la relación de causa a efecto entre el hecho del agente y el daño producido. Con razón se dice que, en los sistemas de responsabilidad por culpa, la causalidad constituye uno de los problemas más controvertidos y de difícil delimitación, lo que se debe en buena medida a la imbricación entre la imputación causal y la imputación subjetiva⁴⁶⁹. Los problemas causales nacen fundamentalmente del hecho de que todo resultado dañoso es, normalmente,

⁴⁶⁷ Unos y otros, en cuanto daños inmediatos o directos, indemnizables por el incumplidor de buena fe si fueron previstos o eran previsibles, según el pár. 1 del art. 1107 del C.C. español, y siempre indemnizables, con independencia de que fueran o no previstos o previsibles, si el incumplimiento fue doloso, cfr. el pár. 2 del mismo artículo.

⁴⁶⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 147-148.

⁴⁶⁹ Por ejemplo, si en estado de embriaguez conduzco un vehículo que el vendedor acaba de entregarme e invado la parte contraria de la calzada, colisionando con otro, esa entrega puede considerarse un antecedente causal del hecho dañoso, pero mi conducta es tan determinante del mismo que aquella circunstancia debe considerarse irrelevante desde una perspectiva causal. En estos casos, para que jurídicamente se pueda hablar de pluralidad de cursos causales es necesario acudir a los criterios de imputación subjetiva. En el ejemplo dado, si el vendedor era conocedor del estado en que me encontraba, la entrega debe considerarse causalmente relevante porque su conducta contribuyó a la creación de una situación de riesgo superior al que puede esperarse de situaciones análogas. – Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 769-770.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

consecuencia de una pluralidad de causas físicas o materiales relevantes⁴⁷⁰, empíricamente constatables, según el doble plano nomológico-ontológico de Von Kries; formando todas ellas, con independencia de que sean directas o indirectas, remotas o próximas, un antecedente causal con relación a aquel resultado⁴⁷¹. Es por ello que, en los sistemas de responsabilidad subjetiva, dominantes hasta bien entrado el siglo XX, la relación de causalidad entre un hecho activo u omisivo⁴⁷² y el resultado dañoso ha sido fuertemente tributaria de

⁴⁷⁰ Efectivamente, cuando el antecedente causal consiste en una determinada conducta humana, pocas veces puede hablarse, desde una perspectiva física o material, de causa única. En estos casos, el problema causal se trata, fundamentalmente, de dilucidar si la conducta del sujeto eventualmente responsable tuvo la suficiente entidad como para provocar el resultado dañoso, así como decidir si todos los daños que fueron consecuencia de ese único hecho pueden serle imputados. Se plantea, aquí, el problema de la proporcionalidad de la imputación causal. - Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 770-773.

⁴⁷¹ El clásico ejemplo de Pothier es el siguiente: un granjero compra, por sana, una vaca enferma; desconociendo tal circunstancia, el comprador junta la vaca enferma con sus otros animales, sucumbiendo toda la manada, y no puede cultivar su tierra, debido a ello. No habiendo cosecha, el granjero queda imposibilitado de pagar sus deudas, por lo que los acreedores le mueven una demanda judicial, siendo todos sus bienes vendidos para pagar las deudas. Manuel de Andrade añade a este ejemplo el hecho de que el granjero se suicida en consecuencia de tal suceso [cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 531; y MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 358]. ¿Puede el vendedor de la vaca enferma ser responsabilizado por todos estos daños?

⁴⁷² Frecuentemente, los problemas causales provienen de fenómenos naturales omisivos (como la sequía, que es producto de la ausencia de lluvias y se puede convertir en causa de daños) o de conductas humanas omisivas, cuando sobre el eventual responsable recae un deber jurídico previo de actuar, particularmente un deber de información, seguridad o custodia (véase el § 11.º de este mismo capítulo, acerca de la omisión). La cuestión que aquí se coloca se refiere a la medida de ese deber, porque, así como en las conductas activas la medida de la diligencia viene representada, sobre todo, por el criterio de la previsibilidad, en la imputación por omisión interviene, además, el criterio de la exigibilidad, entendiéndose por tal la conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar situaciones de riesgo en el marco de sus relaciones sociales o de su actividad económica. Enlazándose esto con el problema causal, podrá considerarse causa del resultado dañoso, según la teoría de la causalidad adecuada (que veremos a continuación en el § 101.º del presente capítulo), la omisión de aquellas medidas que evitarían o aminorarían de forma apreciable la posibilidad de acaecimiento de hechos dañosos que, normal o razonablemente, cabe prever en el marco de la actividad de que se trate, atendiendo a sus circunstancias específicas. Por el contrario, no podrá considerarse causa adecuada de un resultado dañoso la omisión de medidas de prevención que puedan considerarse desproporcionadas en relación con la naturaleza de una determinada actividad. Un ejemplo común es el de la fuga de un paciente de un centro de internamiento para enfermos psíquicos, que viene a morir posteriormente, habiéndose condenado al centro hospitalario en la sentencia del S.T.J. portugués de 25-07-1985 (Proceso: 073035) y en la sentencia del T.S. español núm. 708/1997 de 22 de julio de 1997 (RJ 1998, 221), de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1270) y de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379), pero absuelto en la S.T.S. de 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 2615) y en la S.T.S. de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1161). - Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 807-812.

las construcciones de la dogmática penal⁴⁷³. Así, la doctrina construyó diferentes teorías para definir el criterio que permite el establecimiento del nexo causal entre el hecho del agente y el daño producido, entre las distintas causas concurrentes en términos lógicos para la producción de aquel efecto dañoso⁴⁷⁴.

§ 98.º Marca el comienzo del tratamiento orgánico del problema causal la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, expuesta en 1860 por el penalista alemán Von Buri, que parte del concepto de causalidad presentado por el filósofo inglés Stuart Mill, según el cual lo que caracteriza la causa de un evento es apenas la imprescindibilidad de una condición para su verificación (“sin la cual no”), por lo que no se justifica diferenciar entre sí esas condiciones, una vez que todas ellas son equivalentes para el proceso causal, aunque el evento sólo resulte de la acción conjugada de todas⁴⁷⁵. Así, esta teoría considera como causa de un evento toda condición que haya concurrido para su producción, ya que suprimida mentalmente una de ellas el suceso no habría acaecido. Sin embargo, el criterio es realmente excesivo, pues al hacerse responsable a la persona de todas las consecuencias de su conducta se llega a conclusiones absurdas⁴⁷⁶. Por ello, y a pesar de que la teoría

⁴⁷³ La evolución que ha experimentado el Derecho de daños desembocó en una cierta simplificación del problema causal, al menos en aquellos ordenamientos jurídicos en los que el papel de la culpa ha pasado a tener, en buena medida, un carácter residual (en el actual Derecho de daños español, el protagonismo ha sido asumido por los mecanismos de valoración de daños). - Véase, a este respecto, el siguiente § 108.º de este mismo capítulo.

⁴⁷⁴ Véanse, a este respecto, REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 343-365; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 211 y sigs.; MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 531-541; y MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 358-362.

⁴⁷⁵ Por ejemplo, si dos empleadas de un restaurante colocan, cada una por su parte, veneno en la comida de una persona, en dosis individuales insuficientes para provocarle la muerte, viniendo ésta a ocurrir en resultado del efecto conjugado de ambas dosis, cualquier una de ellas se considera causa de la muerte, dado que si fuera retirada el evento no se verificaría - cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 359.

⁴⁷⁶ La crítica de Binding es demoledora: si se aplicara consecuentemente esta tesis, se desembocaría en la afirmación de que todos son responsables de todo (sería autor de adulterio, junto al varón que yace con la mujer casada con otro hombre, el carpintero que hizo la cama, por ejemplo) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 211 y sigs..

resultó durante algún tiempo dominante⁴⁷⁷, poco a poco fue perdiendo su prestigio incluso en Alemania y en los países cuyas legislaciones penales la habían admitido (Noruega, Italia, Brasil), poniéndose en evidencia la necesidad de tesis individualizadoras, que buscan, mediante la elección de una causa única, superar los problemas que surgen de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

§ 99.º Las tesis individualizadoras encontraron eco en los artículos 1.151 del C.C. francés y 1.223 del C.C. italiano⁴⁷⁸, así como en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, con la teoría de la causalidad próxima o de la causalidad directa e inmediata del daño, inspirada en la formulación del empirista inglés del siglo XVI Francis Bacon «*in iure non remota causa, sed proxima*». De acuerdo con esta teoría, se exige únicamente que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal ajena y se considera como causa del evento la última condición que se ha verificado antes de su ocurrencia, esto es, la inmediatamente anterior a la producción del daño, siendo todas las demás irrelevantes a efectos jurídicos. La teoría, aunque haya sido utilizada en más de un caso⁴⁷⁹, no está exenta de críticas, pues, a la dificultad de establecerse cuál ha sido la condición última en un suceso, se añade el hecho de que no siempre el antecedente temporal más próximo en la cadena causal es el determinante⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ En España, se ha hecho uso de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en su posición extrema de que «el que es causa de la causa es causa del mal causado», en la S.T.S. de 10 de febrero de 1959 (RJ 1959, 1483), la cual atribuyó al dueño de una vaca de cuyo establo se escapó, viniendo a morir en otra finca, la parálisis del operario que, con la ayuda de otros, colocó la vaca muerta en un camión, a fin de cargar y transportar al animal.

⁴⁷⁸ Los cuales apenas admiten el resarcimiento de un daño cuando éste haya sido consecuencia directa e inmediata de la inejecución.

⁴⁷⁹ Suele decirse que esta fue la teoría seguida, en la jurisprudencia española, por la S.T.S. de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950, 394), sobre responsabilidad médica, en la que, demandados unos cirujanos por no haber logrado el resultado deseado en una operación de cirugía estética, se afirma que tal se debió a «una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados (...), pues no puede admitirse la teoría de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir, brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente, que en este caso no es imputable a los médicos».

⁴⁸⁰ Piénsese en el ejemplo, propuesto por Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 360), de alguien encerrar a su enemigo en una jaula con leones, que viene a ser muerto por los animales, donde es manifiesto que la última condición (el ataque

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

El concepto de inmediatez ha de tener, por lo tanto, un sentido más lógico que cronológico.⁴⁸¹

§ 100.º La crítica a la teoría de la causalidad próxima condujo a la teoría de la causalidad eficiente, formulada por Birkmeyer, según la cual, en un determinado proceso causal, la causa jurídicamente relevante no es ya la condición última, sino la condición que aparenta mayor eficacia para la producción del daño. Esta orientación es, todavía, poco precisa, pues en una cadena causal en que las condiciones son todas necesarias hay que graduar la eficiencia de cada una de ellas⁴⁸², acabando por redundar en un subjetivismo totalmente inadecuado para la construcción jurídica; por lo que la presente teoría no faculta un verdadero criterio para el establecimiento del nexo causal.⁴⁸³

§ 101.º La tesis que ha merecido el apoyo mayoritario de la doctrina⁴⁸⁴, ante el repudio de las anteriormente referidas, es la teoría de la causalidad adecuada⁴⁸⁵, formulada en 1888 para el ámbito penal por Von Kries y Von Bar.

de los leones) no impide la relevancia jurídica de su antecedente causal (el hecho de encerrarse a una persona en una jaula con leones).

⁴⁸¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 211 y sigs..

⁴⁸² Véase el ejemplo, dado por Manuel de Andrade, de una mujer que no se lleva bien con su marido, sin que tenga fundamento para divorciarse de él, al verlo llegar a casa embriagado, discute con él por ese motivo y éste le da un tiro, siendo tratada por un curandero y viniendo a morir, cuando habría sido salvada por un médico: para un sociólogo, la causa de la muerte habría sido la ausencia de una buena legislación sobre el divorcio; para un experto en alcoholismo, la causa de la muerte podría ser el consumo de alcohol; un pacifista diría que la causa de la muerte había sido no estar eficazmente prohibido el uso de armas de fuego; y, por último, un médico colocaría la causa de la muerte en el hecho de que la mujer había sido tratada por un curandero - cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 360-361.

⁴⁸³ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 360-361; y MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 532.

⁴⁸⁴ Tanto en España (por todos, véase REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 780-787, que la identifica con la causalidad eficiente), como en Portugal (por todos, véase ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 887 y sigs.).

⁴⁸⁵ Muy por influencia doctrinaria, ha sido el criterio adoptado de forma prácticamente unánime por la jurisprudencia española, tanto en la jurisdicción penal como en la civil, aunque en esta última se emplee a menudo el término "causa eficiente" [quizá una de las únicas excepciones sea la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9445), que también alude a la «causa eficiente», en la cual todavía se defiende la teoría de la equivalencia de las condiciones, cuando se afirma que «para la existencia de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso es irrelevante la jerarquía de la causa, puesto que (...) la condición puesta por

Esta doctrina parte de la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero en un plano meramente físico o material; en un plano jurídico, considera que no todos los antecedentes causales de un resultado dañoso tienen la misma relevancia⁴⁸⁶. Del conjunto de hechos antecedentes, acoge como causa en sentido jurídico, con potencialidad suficiente para la imputación del daño, sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori* y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad) la producción de un resultado⁴⁸⁷. Por lo tanto, la teoría de la adecuación lleva en consideración el criterio de la consecuencia probable del hecho enjuiciado, pero no debe dejar de tener también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto⁴⁸⁸. Sin embargo, tal juicio de probabilidad ha de verificarse en abstracto, prescindiendo de lo efectivamente sucedido y atendiendo a lo que

el agente no precisa ser la única, ni la última, ni la más inmediata y próxima al evento, siendo bastante, cuando éste se produce como efecto inmediato de la conducta de otra persona, que esta conducta sea, a su vez, efecto o consecuencia de la acción u omisión del que puso el primer eslabón de la cadena causal». De igual modo, en la jurisprudencia portuguesa la causalidad adecuada ha sido el criterio predominantemente utilizado [ejemplificadamente, en las sentencias del S.T.J. de 10-11-1967 (Proceso: 061868), de 25-07-1985 (Proceso: 073035) y de 03-02-2010 (Proceso: 162/2001.L1.S1)].

⁴⁸⁶ Véase el ejemplo, citado por Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 361): al apuntarse un arma de fuego descargada, ocurriendo la muerte de la víctima, no dejaría de haber causalidad si el agente supiera o debiera saber que ésta sufría de problemas cardíacos.

⁴⁸⁷ Según Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 928 y sigs.), que era Ministro de Justicia cuando fue aprobado el actual C.C. portugués, el respectivo art. 563 consagra la teoría de la causalidad adecuada, al establecer que «la obligación de indemnización sólo existe con relación a los daños que el perjudicado probablemente no habría sufrido si no fuera la lesión», en la estela del §249 del B.G.B. alemán. El texto legal parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero tiene subyacente la formulación negativa de la causalidad adecuada: el adverbio «probablemente» supone que no está en causa apenas la imprescindibilidad de la condición para el proceso causal, sino que se exige además que esa condición, de acuerdo con el juicio de probabilidad, sea idónea para producir el daño (en contra, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 542 y 549).

⁴⁸⁸ Sirva como ejemplo la S.T.S. de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 4438), la cual considera que «ha de tenerse en cuenta que, en el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, a posteriori, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (condicio sin qua non). Conforme a ese planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado. Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general.»

usualmente ocurre y al grado de previsión que cualquier hombre razonable podía haber tenido. El juez deberá establecer un pronóstico retrospectivo de probabilidad, preguntándose si la conducta que se juzga era por sí sola apta o idónea para provocar esa consecuencia.⁴⁸⁹ Así, esta teoría, siendo bastante más satisfactoria que las anteriores, tiene el inconveniente derivado de su propia abstracción. Al final, la adecuación traduce apenas la idoneidad de un proceso causal: se trata de una “fórmula vacía”⁴⁹⁰, como la denomina Bernert.⁴⁹¹

§ 102.º Como se puede verificar por lo anteriormente expuesto, ha habido una evolución en lo concerniente a las teorías sobre la causalidad, las cuales vinieron, en los primordios del Siglo XX, a estabilizar en torno a la fórmula de la “causalidad adecuada”. Así, el tratamiento que se suele hacer acerca del nexo causal parte de un concepto global de “causalidad jurídica”, que abarca a la vez

⁴⁸⁹ Los autores nunca se han puesto de acuerdo sobre qué grado de probabilidad es el adecuado, según el Derecho, y siempre han discrepado acerca de si el juicio sobre la probabilidad deberá consistir en una prognosis puramente subjetiva, similar a la que se lleva a cabo en el análisis del dolo y la culpa - es decir, en un juicio sobre la evitabilidad del resultado -, o si, por el contrario, la prognosis ha de ser objetiva, en el sentido de que un agente dotado de conocimientos especiales habría de haber conocido la probabilidad de la producción del resultado. Por su parte, la Sala Primera del T.S. español viene utilizando esta tesis con frecuencia, laxitud e incoherencia práctica, no exentas de un idiosincrásico sentimiento de equidad.

⁴⁹⁰ En las sentencias de las últimas décadas, en España, parecen casi auténticas fórmulas de estilo las expresiones «con abstracción de todo exclusivismo doctrinal» o «valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índices de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos» o, aún, «teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño» [cfr. a la S.T.S. de 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 4535)]. – Como dice Cavanillas, «en el tema de la relación causal, la jurisprudencia se inclina por las frases imprecisas y los conceptos elásticos y ambiguos, adoptando posiciones poco comprometidas, no tanto en el fallo, como en su argumentación, que difícilmente pueden servir para formar un cuerpo doctrinal útil» (en CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad civil; relación de causalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 17, 1988, pág. 385).

⁴⁹¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 533-534; REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 780-787.e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 211 y sigs. – para el cual lo que sí recomienda el «buen sentido» es introducir medidas correctoras en el sistema, pues una cosa es que no sea precisamente fácil el desdoblamiento tajantemente los juicios de causalidad e imputación y otra muy distinta es que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo presuma la causalidad, considerando que un buen mecanismo lo proporciona la doctrina alemana cuando recomienda examinar qué finalidad tienen en cada caso las normas que fundamentan la responsabilidad y excluir de la reparación los daños que se encuentren fuera de dicha norma.

lo puramente fáctico y lo jurídico⁴⁹²; cuando, todavía, el problema de la existencia o no de relación de causalidad entre el comportamiento humano y el resultado dañoso no se trata, en rigor, de un problema jurídico, sino de una auténtica cuestión de hecho, independientemente de valoraciones normativas. Lo que sí constituye, desde esta perspectiva, una genuina cuestión de derecho es seleccionar, de entre las diferentes concausas, aquella o aquellas que jurídicamente deberán interesar para fundamentar la responsabilidad y determinar cuántas de las consecuencias que causalmente se encuentran unidas a la conducta del hombre podrán ser puestas a su cargo, a través de la obligación de indemnizar. Sin embargo, no se trata ya de un problema de causalidad *stricto sensu*, sino de imputación objetiva.⁴⁹³ Por ello, Pantaleón Prieto⁴⁹⁴ propuso que la dogmática civil acogiese ciertos criterios específicos, importados de la jurisprudencia penal (fundamentalmente alemana)⁴⁹⁵, que sirven más para definir supuestos de adecuación negativa o de exclusión de la imputación objetiva, que para la determinación de la imputación causal. Veamos, a continuación, tales criterios de imputación objetiva⁴⁹⁶, que la doctrina jurídica⁴⁹⁷ ha utilizado para modular la “causalidad de hecho”⁴⁹⁸.

⁴⁹² Éste es el *modus operandi* común de los tribunales civiles de la órbita latina.

⁴⁹³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 219 y sigs..

⁴⁹⁴ Por primera vez, en “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, Vol. II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1561 y sigs.; y, después, más sintéticamente, en el “Comentario al Art. 1902”, inserido en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, cit., págs. 1971 y sigs..

⁴⁹⁵ La S.T.S., de la Sala de lo Penal, de 5 de abril de 1983(RJ 1983, 1646), por ejemplo, después de distinguir relación causal e imputación objetiva, apunta que «como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma».

⁴⁹⁶ Véase, a este respecto, SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, 3.ª Edición, *InDret 1/2006 – Revista para el Análisis del Derecho*, 329, Barcelona, Enero 2006 (en el sitio de Internet: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf).

⁴⁹⁷ Tal como la jurisprudencia española de los últimos veinte años, que ha abrazado de manera explícita a unos y, en ocasiones, a todos los criterios de imputación objetiva, como sucede en la S.T.S. de 10 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4183).

⁴⁹⁸ Cosa que ocurre en Alemania y en el Derecho angloamericano: en el *Common Law*, la causalidad entendida como *conditio sine qua non* (*cause in fact*) se matiza de acuerdo con una mirada de doctrinas sobre *proximate causation*, con el objeto de descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente en el daño en cuestión (*harm-within-the-risk*).

§ 103.º La doctrina creó una clara alternativa a la tesis de la adecuación, con mérito de Rabel y posteriormente de Kramer, con la teoría del ámbito o fin de protección de la norma (*Schutzbereich der Norm, breach of statutory duty*), según la cual la causalidad jurídicamente relevante se identifica con relación a los daños causados por la conducta del agente, en los términos de la *conditio sine qua non*, que se verifican en los bienes tutelados por la norma en la que se fundamenta la responsabilidad⁴⁹⁹. Así, lo que esta teoría defiende es que, para el establecimiento de la relación de causalidad, será necesario averiguar si los daños que han resultado del evento lesivo corresponden a la frustración de las utilidades que la norma pretendía atribuir al perjudicado⁵⁰⁰. Por consiguiente, la cuestión de la determinación del nexo causal entre el hecho del agente y el daño producido se remite a un problema de interpretación del contenido y del fin de protección de la norma que sirve de base a la imputación de daños⁵⁰¹. Reglero

test); ya en el *Civil Law*, sobresale la cultura alemana de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnung*).

⁴⁹⁹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 537 y sigs..

⁵⁰⁰ Un buen ejemplo de la jurisprudencia española que ilustra este criterio es el “caso Peñaranda” [resuelto por la S.T.S. de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946, 253)]: unos obreros se encontraban trabajando un domingo, con lo cual el empresario transgredía la normativa en materia de descanso dominical, en su fábrica situada cerca de un polvorín, que vino a estallar precisamente aquel día, ocasionando la muerte de varios trabajadores. En este caso, los obreros no murieron porque su empresario incumpliera el preceptivo descanso semanal, sino por la explosión de la cercana fábrica de municiones (de hecho, hubo otras muertes en la localidad), siendo que las normas laborales que imponen ese descanso no tienen como finalidad preservar la vida de los trabajadores. De igual modo, si una persona sufre un ataque epiléptico y cae a la vía del tren, no se puede imputar a Renfe que el quitarreses enganche el cuerpo del accidentado, pues ese mecanismo tiene por finalidad evitar descarrilamientos y proporcionar seguridad a los trenes, no evitar que caiga a la vía una persona enferma que se encuentra en el andén sola [cfr. a la S.T.S. de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 694)]. Por ello, la infracción de estas normas no es suficiente para imputar causalmente a los empresarios los daños - según YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 219 y sigs..

⁵⁰¹ Según Menezes Leitão (en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 362), el cual defiende, en la doctrina portuguesa, que ésta es la mejor forma de determinación de la relación de causalidad, junto con Menezes Cordeiro y el precursor Gomes da Silva. En la jurisprudencia portuguesa, tienen un entendimiento normativo de la causalidad, ejemplificadamente, las sentencias del S.T.J. de 26-11-1987 (Proceso: 075347), al declarar que «la verificación del nexo causal entre la conducta y el evento sólo se traduce exclusivamente en apreciación de la cuestión de hecho cuando es posible establecer una relación directa, de causa a efecto, entre el evento y la conducta del dañante. De contrario, se sobrepasa la apreciación de la simple cuestión de hecho, exigiéndose el análisis de la situación a la luz de criterios jurídicos, lo que constituye cuestión de derecho sujeta a la eventual censura del Supremo (Tribunal de Justicia portugués).», y de 17-04-2007 (Proceso: 07A701), que considera que «si el nexo de

Campos⁵⁰² identifica este criterio de imputación causal con situaciones en que la norma en la que se fundamenta la responsabilidad imponga un deber o una obligación de seguridad, no habiendo imputación causal cuando la norma transgredida persiga una finalidad diferente⁵⁰³.

§ 104.º Es cierto que los humanos vivimos en sociedades caracterizadas por un grado más o menos intenso de división del trabajo y por distintos modos de interacción entre quienes las componemos. Aún así, una y otros sólo resultan posibles si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas se hallan efectivamente permitidas y que, por lo tanto, el agente no habrá de responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que cause daños a terceras personas. Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido, por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo⁵⁰⁴. En esto consiste la teoría del riesgo permitido o riesgo general de la vida (*Erlaubte Risiken, general life risks*)⁵⁰⁵. Esta doctrina es especialmente relevante en Derecho penal, dada la

causalidad constituye, en el plan naturalístico, cuestión de hecho, no escudriñable por el Supremo Tribunal de Justicia, como tribunal de revista, ya el mismo viene a constituir, en el plan general y abstracto, cuestión de derecho, donde el Supremo puede intervenir pues respeta a la interpretación y aplicación del mencionado art. 563 del C.C.».

⁵⁰² En REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 801-804.

⁵⁰³ De hecho, en la jurisprudencia española, tal criterio se utiliza, sobre todo, en el ámbito de los accidentes laborales derivados del incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario [véase la S.T.S. de 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8817), en la que se declara la imposibilidad de atribuir responsabilidad a la Comunidad de propietarios del edificio en cuya fachada se encontraba el trabajador que cayó desde un andamio, ya que el mismo no había sido contratado por la Comunidad, haciéndolo con la empresa en que trabajaba, «pues este (accidente) se produjo, en definitiva, por la inexistencia de los suficientes y adecuados mecanismos de seguridad en punto a la específica actividad laboral que desarrollaba el trabajador en la fachada del edificio de la Comunidad, o sea, por los que vinieron a configurar el reproche culpabilístico en el caso de autos, y que, atendiendo al contenido de los preceptos de las ordenanzas laborales, determinan el ámbito de la responsabilidad empresarial por la omisión de aquellos elementos»].

⁵⁰⁴ Para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el Derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, o sea, sus costes y beneficios; pero, en la senda de Jakobs, el cálculo se deberá llevar a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente económicos.

⁵⁰⁵ En el Derecho español de la responsabilidad civil, la doctrina del riesgo permitido es aplicada con cierta frecuencia por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en el intento de limitar las consecuencias de casi medio siglo de insistencia doctrinal y jurisprudencial en la afirmación de la responsabilidad puramente objetiva de la Administración. Para tal, las únicas formas de

gravedad que las consecuencias de una infracción penal tienen para el agente. En cambio, en Derecho civil, las consecuencias jurídicas asociadas al establecimiento de responsabilidad puramente civil son mucho menos graves que en Derecho penal. Por consiguiente, la cuestión acerca del riesgo permitido consiste, normalmente, en saber quién ha de pagar los costes derivados de una conducta determinada: el agente, la víctima, la comunidad de agentes o de víctimas potenciales, los contribuyentes o la sociedad entera.⁵⁰⁶

§ 105.º Otro de los criterios de imputación objetiva es la prohibición de regreso y posición de garante (*Regressverbot und Garantenstellung, remoteness*). De acuerdo con esta doctrina, no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias originadas por la interposición

eliminar la responsabilidad de las administraciones públicas serían negar la existencia del vínculo causal o afirmar que la víctima lo fue a causa de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía soportar – sufrir o tolerar -, pese a que éste hubiera sido ocasionado por la actuación de la Administración. Así, la S.T.S. (3.ª) de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 3683) resuelve un caso en el que una viandante sufrió daños en las rodillas al chocarse contra un muro debido a un fuerte golpe de mar, sirviéndose de los criterios del riesgo general de la vida y de la asunción de riesgos por parte de la víctima, pues, en virtud del temporal, la policía municipal había cortado el tráfico en el paseo marítimo y había advertido a los viandantes de que tuvieran cuidado al transitar por la zona. En esta sentencia, se afirma textualmente: «Nuestra Sala (de lo Contencioso) lo ha dicho en múltiples ocasiones: no hay base legal ni jurisprudencial que permita sostener que, al introducir en nuestro ordenamiento la regla de la responsabilidad extracontractual y objetiva de los poderes públicos, se haya querido convertir a los mismos en aseguradores universales, ni hacerlos responsables de las imprudencias de los particulares».

⁵⁰⁶ Cfr. SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., págs. 10 y sigs..

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

del comportamiento ilícito de un tercero^{507 508}. En Derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley – para padres, tutores, maestros, empleadores o propietarios (cfr. a los artículos 1903 y siguientes del C.C. español y 491 y siguientes del C.C. portugués) - o por contrato⁵⁰⁹, o bien se establecen primero social y después jurisprudencialmente⁵¹⁰ para cada sector específico del tráfico.⁵¹¹

⁵⁰⁷ Ejemplificadamente, no se puede responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor por el crimen que éste perpetró luego con armas adquiridas gracias al dinero pagado. Así, el ejemplo clásico de prohibición del regreso es la interposición de una conducta dolosa de un tercero, sobre todo si es criminal. En España, la jurisprudencia de la Sala Tercera históricamente rechazaba las reclamaciones de las víctimas de delitos, pues consideraba que su comisión derivaba exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento de los servicios públicos de seguridad ciudadana. Sin embargo, el criterio de la prohibición del regreso admite muchas modulaciones normativas, habiendo sido la evolución de la jurisprudencia española muy significativa [la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9422) inició un cambio de nota, condenando a la Administración General del Estado a indemnizar por el homicidio perpetrado por reclusos con permiso de las Instituciones Penitenciarias para estar fuera de la Prisión en que cumplían condena; a la que se ha seguido, por ejemplo, la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6278), en la que se defiende que «aun cuando no quepa olvidar que el hecho causante del resultado dañoso se produjo fuera de la esfera física de actuación de la Administración Penitenciaria, no lo es menos que tiene especial relevancia el que la propia Administración haya admitido una negligencia grave en su actuar, negligencia que resulta determinante (...) de que se diera el presupuesto fáctico básico para que el recurrente en vía contenciosa fuera víctima de la grave agresión que le perpetró el interno, evadido de la prisión (...), pues sin la conducta negligente determinante del anormal funcionamiento de la Administración Penitenciaria tal evasión no se hubiera producido y, por consecuencia, tampoco la agresión que originó los daños susceptibles de indemnización»; la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de junio de 2001 (RJ 2001, 7212) y la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7414)].

⁵⁰⁸ Véase, sobre la intervención del tercero, el apartado b) Hecho de un tercero, de este mismo punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del presente capítulo.

⁵⁰⁹ Véase, a este respecto, el anterior § 11.º de este mismo capítulo.

⁵¹⁰ Destaca aquí la S.T.S. (1.ª) de 17 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1926), que resuelve un caso en el que la “Compañía Logística de Hidrocarburos, S.A.” (C.L.H.), antes CAMPASA (Compañía Arrendataria Monopolio de Petróleos, S.A.), sufrió un atentado terrorista en un oleoducto suyo, que ocasionó la filtración de gasolina a un pozo acuífero propiedad de la entonces “Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.” (S.G.A.B.). En este caso, resulta evidente que interfiere una conducta dolosa – atentado terrorista - en la causación del daño, pero la responsabilidad de C.L.H. deriva de su posición de garante que le obliga a controlar los riesgos generados por la actividad económica a la que se dedica – transporte y suministro de hidrocarburos.

⁵¹¹ Cfr. SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., págs. 13 y sigs..

§ 106.º Pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, por lo general podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás⁵¹². En esto consiste el principio de confianza (*Vertrauensgrundsatz, bilateral care*), en el que se dan cita el riesgo permitido y la prohibición de regreso⁵¹³. Con todo, debe preverse una cierta negligencia ajena⁵¹⁴ y, por supuesto, quien esté en posición de garante responderá siempre.⁵¹⁵

§ 107.º El criterio de la provocación (*Herausforderung, provocation*) permite imputar los daños sufridos por una persona o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida,

⁵¹² Sobre la diligencia debida del causante del daño, el T.S. defiende, en la sentencia de 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2549), que «la culpa o negligencia del agente u omitente (...) necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación o relación con el comportamiento de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él». Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S. de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9491), la S.T.S. de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5508), la S.T.S. de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 694), la S.T.S. de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 884), la S.T.S. de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745) y la S.T.S. de 29 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3881).

⁵¹³ Sin el principio de confianza, la división social del trabajo resultaría inviable. De hecho, este principio es imperioso para asegurar que, en los accidentes bilaterales, las reglas de responsabilidad induzcan un equilibrio de Nash, es decir, una situación en la cual varios agentes económicos interactúan de modo que cada uno de ellos escoge la mejor estrategia posible, dadas las estrategias adoptadas por los demás.

⁵¹⁴ Así, en materia de accidentes laborales, el empresario ha de prever la negligencia simple del trabajador, pero no la grave. En este sentido, el art. 15/4 de la Ley española 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales [con última actualización publicada el 29/12/2014 (Ref. BOE – A – 1995 – 24292)], en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales, establece la obligación del empresario aportar al trabajador las medidas preventivas adecuadas, previendo incluso «las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Véase la S.T.S. (Sala de lo Penal) de 5 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8340) que resuelve un caso en el que un obrero falleció al caerse por un hueco de la segunda planta de un edificio en construcción, mientras caminaba hacia atrás y sin haber hecho uso del cinturón de seguridad proporcionado por la empresa: el Tribunal Supremo, a pesar del descuido del trabajador, condenó al administrador de la empresa propietaria del edificio en construcción y al aparejador de la obra por un delito de homicidio imprudente y al pago solidario de una indemnización.

⁵¹⁵ Cfr. SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., págs. 14 y sigs..

integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados⁵¹⁶. De hecho, este criterio de imputación objetiva adquiere plena relevancia, en el ámbito del Derecho penal, en relación con los daños provocados durante el intento de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro por el presunto culpable, cuya conducta está tipificada como delito en el Código Penal.⁵¹⁷

§ 108.º De forma paralela a lo que ha ocurrido con el criterio de imputación del hecho al responsable, la generalización de los sistemas objetivos de responsabilidad civil también ha dado lugar a una profunda revisión de los postulados clásicos de la relación de causalidad⁵¹⁸. Efectivamente, en los sistemas de responsabilidad objetiva cuyo ámbito material de aplicación viene delimitado por una norma especial, la figura de la causa jurídicamente relevante pierde parte de su significado tradicional, en la medida en que desaparece el elemento subjetivo (dolo o culpa) del sistema general, permaneciendo tan sólo su dimensión física o material⁵¹⁹. Es preciso, claro está, para que exista la obligación de indemnizar, que medie un nexo causal entre un determinado hecho y el daño. Sin embargo, para establecer tal nexo causal, no se toma en consideración el que haya habido por parte del agente transgresión de deberes de conducta; basta con que el perjuicio se haya producido dentro de un

⁵¹⁶ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, cit., págs. 1981 y sigs..

⁵¹⁷ Cfr. SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, cit., pág. 16.

⁵¹⁸ En la moderna configuración de la responsabilidad civil, se acude a criterios distintos del de la mera causalidad, «no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinados (por ejemplo, la relación de propiedad con la cosa productora del daño, la de dependencia de la persona causante del mismo en relación con la declarada responsable, el ejercicio de una actividad lícita, aunque generadora de riesgos, el indebido enriquecimiento, el pacto anterior,...) – cfr. DE COSSÍO, A., “La causalidad en la responsabilidad civil: estudios de derecho español”, cit., pág. 528.

⁵¹⁹ Es decir, no es necesario preguntarse si la negligencia por acción u omisión del dañante dio lugar a una situación que desembocó causalmente en el hecho dañoso, sino si esa situación tuvo como antecedente causal su conducta o actividad – cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 814.

determinado ámbito – el de aplicación de la norma especial – para que le sea imputable al sujeto designado por ella, o bien que lo haya sido en el seno de una determinada actividad para que la imputación se dirija contra quien resulta ser titular. En la senda de Larenz, se considera que la imputación del daño constituye aquí también el fundamento del deber de indemnizar, pero no es una imputación “por el hecho”, sino por la “esfera de responsabilidad” del obligado a indemnizar; no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar el daño en virtud de la ley. Asimismo, el hecho de que la irrelevancia de la culpa del eventual responsable sea un elemento consustancial a la responsabilidad objetiva supone que sea suficiente el simple nexo de causalidad material entre el daño cuya reparación se reclama y la actividad de la persona de quien se reclama, para que nazca la responsabilidad. Esta circunstancia nunca puede constituir un juicio de valoración, sino, a lo sumo, una constatación de hecho. En conclusión, la relación de causalidad constituye un requisito inexcusable para el nacimiento de la responsabilidad civil, pero adquiere una configuración diferente⁵²⁰, según nos situemos en el campo de la responsabilidad objetiva o subjetiva.⁵²¹

§ 109.º Si, ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin culpa, se acuñaron los denominados «expedientes paliativos del monismo culpabilístico»⁵²², que han anunciado la definitiva consolidación de un sistema

⁵²⁰ Hay situaciones en que la relación de causalidad no sólo se transforma, como parece que se prescinde de la imputación causal [la más conocida en España es la del art. 33/5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, con última actualización publicada el 23/12/2009 (Ref. B.O.E. – A – 1970 – 369), que hace solidariamente responsable a todos los miembros de una partida de caza con armas por daños causados a las personas, cuando no es posible identificar al causante directo; pero también existen casos de éstos en el C.C. español, en sus arts. 1564, 1783, 1784 y 1910]. En realidad, estamos ante una causalidad no tanto por el daño directamente causado, cuanto por la contribución de un determinado sujeto a la creación y al desarrollo de una actividad de riesgo o su participación en ella; siendo tal daño objetivamente imputable al sujeto señalado por la ley en virtud de aquella circunstancia y no por haberlo causado materialmente.

⁵²¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 812-817.

⁵²² Sobre la denominación, véase Rogel Vide (en ROGEL VIDE, C., *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 92; y en ROGEL VIDE, C., “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano”, *R.G.L.J.*, 1999/5, pág. 596).

poligenético de responsabilidad, el cual incorpora otros criterios con que obligar al responsable por el daño; ante la necesidad de reconocer responsabilidades sin causa probada, se acudió a los llamados «expedientes paliativos del principio de indivisibilidad de la causa», que han dado paso a la afirmación de un sistema probabilístico de responsabilidad, el cual admite en algunas hipótesis de incertidumbre causalidades fraccionables, posibles y eventuales para vincular al (posiblemente) causante del daño. En suma, si se ha asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar adviniendo el declive de la certidumbre del daño y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la prueba patente del nexo de causalidad.⁵²³

§ 110.º De este modo, para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal en el ámbito de la responsabilidad por daños, surge la teoría de la pérdida de oportunidad o de la «*chance*». Después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés⁵²⁴ e inglés⁵²⁵, circuló horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados

⁵²³ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 870-871.

⁵²⁴ En el entorno francófono, los hermanos Mazeaud y Tunc consideraron que el caso *Rousseau vs. Ferrocarriles de Orléans* se trataba de un supuesto claro de pérdida de «*chance*» (cfr. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., pág. 308), el cual fue resuelto por el Tribunal de Apelación de Limoges, mediante sentencia de 24 de marzo de 1896, estimando que la pérdida de la oportunidad de un caballo ganar la carrera, porque su transportista llegó tarde al hipódromo, cuando la competición se había iniciado ya, no constituía un perjuicio suficientemente cierto como para repararse. Efectivamente, no se puede afirmar que su propietario perdiera el premio que corresponde al campeón porque era improbable que ganara la carrera, pero sí que ha perdido la oportunidad de obtenerlo.

⁵²⁵ En el mundo anglosajón, el ejemplo clásico a partir del cual se explica la figura de la pérdida de oportunidad concierne al juego de lotería o similares. Supongamos el caso de una persona que compra un cupón de lotería, que el organizador de la rifa debería colocar en un sombrero, descubriéndose después del sorteo que este cupón no llegó a introducirse: no se puede afirmar que el organizador propiciara la pérdida del premio, porque en cualquier caso era poco probable que venciera, pero sí que frustró una posibilidad de ganancia.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Unidos⁵²⁶, Canadá, Australia⁵²⁷, Bélgica, Holanda, Italia⁵²⁸, Argentina⁵²⁹, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales [Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Internacional para la

⁵²⁶ Aquí, aunque no haya un cuerpo doctrinal y jurisprudencial muy articulado en cuanto a la pérdida de oportunidad, las jurisdicciones que acuden a la figura lo hacen apenas en supuestos de daños personales producidos en el campo sanitario. El antecedente de esta jurisprudencia se trata de la sentencia resolutoria del caso *Hicks vs. United States* de 1966, que se refiere a un paciente que acudió al médico de la *United States Naval Amphibious Base* por sus vómitos y dolores abdominales, habiéndole sido diagnosticada gastroenteritis, cuando sufría una oclusión intestinal que le fue mortal por no tratarse a tiempo. La *United Court of Appeals* estimó que la conducta médica fue negligente y que sacrificó una «oportunidad substancial de sobrevivencia».

⁵²⁷ En el ámbito de la *Commonwealth* (en particular, Reino Unido, Canadá y Australia), es frecuente la utilización de la figura de la pérdida de oportunidad en casos en los que el daño tiene naturaleza económica o patrimonial. Así, la primera sentencia inglesa que indemnizó la pérdida de «chance» ha sido la de la *Court of Appeal* de 1911, en el asunto *Chaplin vs. Hichs* (en el que un agente teatral, que había convocado un concurso de belleza con el compromiso de contratar como actrices a las candidatas elegidas, no le comunicó a una de las preseleccionadas la fecha de la entrevista personal, de modo que ésta no fue una de las finalmente escogidas), estimando que la demandante tenía una posibilidad entre cuatro de ser seleccionada, por lo que esa chance debía dar lugar a la correspondiente indemnización.

⁵²⁸ En la Europa continental, los países nórdicos y centroeuropeos son, por lo general, refractarios a la pérdida de oportunidad, pero los demás aplican la figura con frecuencia en supuestos de daños de naturaleza tanto económica como personal, sobre todo en supuestos de responsabilidad de profesionales forenses y sanitarios. En Francia, se ha indemnizado la frustración irremediable de una posibilidad seria y real, por ejemplo, de victoria en competiciones deportivas de caballos (así, la sentencia del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1990) o de atletismo (así, la sentencia del Tribunal Administrativo de París de 27 de noviembre de 1985) y en competiciones artísticas (así, la sentencia de la Corte de Apelación de Lyon de 17 de noviembre de 1958 o la sentencia de la Corte de Apelación de Rennes 15 de diciembre de 1961) o en concursos públicos (así, la decisión del Consejo de Estado de 3 de agosto de 1928, que es la primera que toma en consideración la *chance* de promoción de que disponía un funcionario). En Italia, la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido aplicada también en supuestos de frustración de la posibilidad de proseguir negociaciones comerciales (así, la sentencia de la Corte de Apelación de Roma, Sección 3, de 17 de febrero de 1988), de la oportunidad de victoria en un proceso (así, la sentencia de la Casación Civil, Sección 3, 1286/1998, de 6 de febrero de 1998) o de la posibilidad de sobrevivencia (así, la sentencia de la Casación Civil, Sección 3, 4400/2004, de 4 de marzo).

⁵²⁹ Por influencia de los Derechos francés e italiano, el sistema jurídico argentino ha reconocido la resarcibilidad de la oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo (así, la sentencia del Tribunal de Córdoba de 10 de mayo de 1985), una actividad empresarial (así, la sentencia de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2.^a, de 26 de agosto de 1988), o una actividad deportiva (así, la sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, de 17 de diciembre de 1982). Del mismo modo, la doctrina de la «chance» viene aplicándose para valorar el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia (así, las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 25 de junio de 2003 y de 5 de octubre de 2004) y para cuantificar el detrimento patrimonial que padecen los padres a raíz de la muerte de un hijo menor, calculando la razonable posibilidad de ayuda que éste podría haber prodigado a aquéllos (así, las sentencias de la Cámara Nacional Civil de 7 de febrero de 1989, de 30 de marzo de 1990, de 15 de noviembre de 1990 y de 27 de febrero de 1991).

Unificación del Derecho Privado (U.N.I.D.R.O.I.T.) y European Group on Tort Law (E.G.T.L.)), que la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 de la Directiva 92/13/CE y jurisprudencia comunitaria⁵³⁰, sentencias en materia de derechos humanos⁵³¹, art. 7.4.3. de los Principios de U.N.I.D.R.O.I.T.⁵³², art. 163 de la Parte General del Código Europeo de Contratos y art.3:106 de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil). La oportunidad perdida es así una técnica de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en el *Droit Civil* como en el *Common Law*, por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica.⁵³³

§ 111.º La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. Por incertidumbre estricta se entiende aquella que expresa una probabilidad causal seria, no desdeñable, que, sin alcanzar el nivel (máximo) que permite tener por cierto el hecho causal, supera el nivel (mínimo) que permite asegurar que el agente dañoso no causó el daño. Por eso se dice que el concepto técnico de chance remite a la posibilidad fundada, seria, real, no desdeñable. La incertidumbre irreversible se verifica cuando no haya, razonablemente, la posibilidad de que, después de la «*aestimatio*», llegue a conseguirse la certidumbre de que el agente no ha causado un daño, bien porque, producido éste, pueda obtenerse posteriormente

⁵³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en el asunto *Farrugia*, T-230/94, que indemniza la pérdida de la posibilidad de obtener una beca de investigación.

⁵³¹ Pueden reseñarse, en esta materia, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 1984, resolutoria del caso *Goddí*; de 12 de febrero de 1985, resolutoria del caso *Collozza*; de 19 de diciembre de 1990, resolutoria del caso *Delta*; de 10 de julio de 1998, resolutoria de los casos *Tinnelly y McEldulf*, y de 10 de enero de 2006, resolutoria del asunto *Gruais y Busquet*. De la Corte Interamericana, puede citarse la sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998, resolutoria del caso *Castillo Páez c. República del Perú*, que maneja en *obiter dictum* el concepto de «chance cierta».

⁵³² Aprobados en el 1994 y revistos en el 2004 por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, con el objetivo de promover la armonización y unificación del Derecho Privado en el ámbito del comercio internacional.

⁵³³ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 830-831.

la reparación⁵³⁴, o bien porque, no habiéndose producido aún al tiempo de la liquidación de los daños, pueda no materializarse nunca⁵³⁵. Es lo que, gráficamente, se expresa al señalar que la oportunidad perdida es una chance inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediamente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente. La incertidumbre es intrínseca siempre que quien la propicia no sea la propia víctima. La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica, de este modo, a supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. Se trata de la idea de que la teoría de la chance entra en juego únicamente en caso de imposibilidad material de la prueba. La doctrina de la oportunidad perdida suele emplearse en casos de responsabilidad de profesionales legales y sanitarios, así como en el contexto de negociaciones contractuales y procedimientos selectivos, pero puede virtualmente aplicarse a una inmensa variedad de hipótesis. Por lo tanto, se revela como una teoría ubicuitaria, por más que la práctica judicial no acuda a ella siempre que se producen situaciones de incertidumbre causal.⁵³⁶

§ 112.º La exigencia de la incertidumbre causal encierra, así, una serie de criterios que permiten restringir, en alguna medida, el ámbito de aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. No se aplica cuando la probabilidad sea nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco se emplea siempre que esa probabilidad sea alta o suficiente, ya que

⁵³⁴ Véase el ejemplo del licitador que pudo ser adjudicatario en el concurso del que fue ilegalmente excluido, pero que puede obtener el contrato en razón de la condena judicial a la repetición del procedimiento.

⁵³⁵ Por ejemplo, el médico que, al exponer a radiación a su paciente, no le causa daño alguno en el momento, pero aumenta las posibilidades de que tal acontezca más tarde.

⁵³⁶ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., "La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad", cit., págs. 840-841.

puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total. Asimismo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal sólo es posible, aún no se haya materializado, ni a los casos en que acontecimientos venideros puedan razonablemente propiciar su reparación. No se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la exigencia del lazo causal. Existen, pues, una variedad de criterios que, ligados a la idea de la incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca, permiten acotar series de casos en que no resulta aplicable la doctrina de la chance. Sin embargo, es evidente que la pauta de la incertidumbre causal no permite una definición clara y precisa del ámbito operativo de la doctrina de la chance. Por añadidura, hay que ser conscientes de que el criterio base de la incertidumbre causal es cuestionable, dado que se contradice con un postulado básico del Derecho de daños: incurre en responsabilidad quien causó un daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo ocasionarlo.⁵³⁷

§ 113.º La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce, así, en un mecanismo de responsabilidad proporcional, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización en la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final (del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada) el margen de incertidumbre respecto de su enlace causal con la conducta del agente dañoso. La teoría

⁵³⁷ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 841-843.

establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística⁵³⁸.⁵³⁹

§ 114.º La pérdida de oportunidad es una técnica emparentada con otras surgidas en el marco de la Responsabilidad Civil, como la denominada «prueba por presunciones» o la teoría de la creación (o incremento) de riesgo, que persiguen evitar que la dificultad de probar la causalidad en determinados sectores (actividades sanitarias e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos y concursos) conduzca a la compleja exoneración de quien, con su actuación, pudo provocar el daño.

§ 115.º La denominada «prueba por presunciones» hace referencia a un recurso probatorio utilizable con carácter general, en todo tipo de pleitos, pero que está llamado a desenvolver un papel fundamental en los procesos de responsabilidad civil de cara a facilitar la prueba del nexo causalidad. De ahí que la técnica de la presunción se haya desarrollado en los sistemas de responsabilidad civil de otros países bajo diferentes denominaciones: prueba «*prima facie*» o *Anscheinsbeweis der Kausalität* (Alemania), regla de que «*res ipsa loquitur*» o «las cosas hablan por sí mismas» (*Common Law*) o teoría de la causalidad virtual o *causalité virtuelle* (Francia)⁵⁴⁰. Pues bien, las presunciones (*hominis* o simples), reguladas en el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (L.E.C. o L.E.Civ.), con última actualización publicada el 19/09/2020⁵⁴¹ (idéntico en lo sustancial al derogado artículo 1253 del C.C.),

⁵³⁸ Esta responsabilidad proporcional no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad, sobre todo en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente (véanse, a este respecto, los §§ 131.º en delante del presente capítulo) y el daño causado por miembro indeterminado de grupo (véase, sobre éste, el § 118.º de este mismo capítulo).

⁵³⁹ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 843-844.

⁵⁴⁰ Véase un amplio estudio de estos mecanismos en LUNA YERGA, A., *La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria – Culpa y Causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 431-451.

⁵⁴¹ Ref. BOE – A – 2000 – 323.

alivian en parte la tarea probatoria, pues permiten al juez valorar la certeza de un hecho a partir de indicios suficientemente significativos. Con base en ellas, puede conectarse el hecho desconocido (la causalidad) con los conocidos (los hecho-base o indicios) a través de reglas o máximas de experiencia que reflejan realidades empíricamente observadas.⁵⁴²

§ 116.º La teoría de la creación (o incremento) de riesgo persigue, como la técnica presuntiva, favorecer la demostración del nexo de causalidad. No obstante, partiendo de la consideración de que el comportamiento del agente incrementó objetivamente el riesgo de que se desencadenara la lesión, tal teoría suaviza el estándar ordinario de prueba, rebajando el grado o nivel de probabilidades que normalmente es necesario para tener por cierto o demostrado el hecho de la causalidad⁵⁴³. Si resulta indiscutible la admisibilidad de la técnica presuntiva, no está tan clara la compatibilidad de la teoría de la creación de riesgo con el sistema jurídico español⁵⁴⁴. La doctrina de la pérdida de oportunidad garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, en caso de que no sean desdeñables las probabilidades de

⁵⁴² Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 859-860.

⁵⁴³ Es preciso diferenciar este planteamiento de la teoría del mismo nombre formulada por el penalista Claus Roxin (en ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, *Fundamentos – La estructura de la Teoría del Delito*, Trad. de la 2.ª Ed. alemana de LUZÓN PEÑA, D. M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, J., Thomson Civitas, Elcano, 2006, págs. 379-384). La teoría alemana se aplica una vez apreciada la existencia de una etiología material o natural, para determinar si la causa física probada cobra o no relevancia jurídica. Es, pues, un criterio que, según ha sido formulado, no opera en el ámbito de la causalidad física, relajando el estándar de probabilidad con el que valorar si el hecho ilícito provocó o no materialmente el daño; pero opera en el campo de la causalidad jurídica (imputación objetiva), determinando si cabe atribuir relevancia jurídica a una causa física acreditada. Sin embargo, no siempre resulta sencillo determinar cuándo la idea de «incremento de riesgo» se emplea para facilitar la prueba del nexo causal natural o para otorgar relevancia jurídica a una etiología demostrada (cfr. MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, cit., págs. 269-275).

⁵⁴⁴ De ahí que Pantaleón Prieto haya escrito: «Es sin duda admisible la prueba de presunciones (v. la muy importante STS 2ª 12-V-86; y comp. la muy generosa STS 28-II-75 con la STS 9-VII-85). Pero no cabe sostener con carácter general que, constatada la creación por el demandado de un riesgo de producción del evento dañoso acaecido, le corresponde a él la prueba de la que fue otra causa la que en verdade lo produjo» (cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, cit., pág. 1983).

que hubiera conseguido la ventaja. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a un conjunto de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura. Las presunciones simples y la teoría del incremento de riesgo sirven para que el juzgador tenga por demostrada la causalidad en supuestos difíciles. La doctrina de la pérdida de oportunidad, a diferencia tanto de la teoría de la creación de riesgo como de la técnica presuntiva, no persigue una estricta facilitación de la prueba del nexo causal, sino indemnizar a la víctima precisamente cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.⁵⁴⁵

§ 117.º Por eso, puede concluirse que la teoría de la pérdida de oportunidad, más que a la familia de las doctrinas encaminadas a facilitar la demostración del nexo causal, pertenece al grupo de teorías que garantizan una indemnización parcial en ausencia de esa prueba, que incluye la doctrina de la responsabilidad por causa anónima y la doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado.

§ 118.º La doctrina de la responsabilidad por causa o culpa anónima, sospechada, colectiva o conectada encara también un problema de prueba del nexo causal. Resulta aplicable a supuestos en que varias personas ejecutan conjuntamente una misma actividad, produciéndose un daño sin que pueda determinarse qué concreto sujeto realizó la conducta efectivamente productora del mismo⁵⁴⁶; por lo que, en rigor, no hay concurrencia causal. La solución, sin embargo, es la misma que en la intervención de tercero, ya que consiste en imputar a cada uno de los partícipes la totalidad del menoscabo, debiendo por tanto responder solidariamente frente a la víctima, siendo que, dentro de la relación interna que vincula a los distintos deudores, la indemnización se distribuye entre ellos en función de las probabilidades de que fueran los

⁵⁴⁵ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 860-861.

⁵⁴⁶ Véase, sobre el tema, MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil por los Daños Causados por un Miembro Indeterminado de un Grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.

causantes. Se impone, pues, en el ámbito interno una regla de indemnización proporcional.⁵⁴⁷

§ 119.º La doctrina de la responsabilidad por cuota de mercado (*market share liability approach*), originaria de Estados Unidos, se refiere a casos en que el juzgador verifica que el consumo de un producto genera un daño, pero desconoce la identidad concreta del fabricante. Cuando las unidades puestas en circulación por los diversos productores tienen idéntica potencialidad lesiva, la teoría reconoce al perjudicado el derecho a ser indemnizado por los fabricantes, quienes habrán de compensar en proporción a su cuota de mercado, salvo que demuestren que no produjeron la unidad específica cuyo consumo generó la lesión⁵⁴⁸. La responsabilidad por cuota de mercado, al igual que la responsabilidad colectiva, impone una regla de indemnización proporcional que atiende a las probabilidades de que el agente causara el daño. Hay, todavía, dos importantes diferencias que afectan al momento o relación en que opera el criterio de la indemnización probabilística, por un lado, y al método o forma de cálculo de las probabilidades de que el agente dañoso causara el daño, por otro. En la responsabilidad colectiva, la reparación proporcional se impone sólo en la relación interna de los diversos miembros del grupo que, frente a la víctima, están obligados «*in solidum*». En la responsabilidad por cuota de mercado, la regla de la indemnización proporcional se establece directamente, sin que, por tanto, las víctimas tengan derecho a recabar el 100% de cualquiera de los productores. A su vez, la doctrina de la causa anónima no determina las normas conforme a las cuales han de calcularse las probabilidades de causalidad, que habrán de ser los criterios generales con que se averigua en el marco de un proceso el grado de correspondencia de un hecho con la realidad objetiva⁵⁴⁹. La teoría de la cuota

⁵⁴⁷ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 861-862.

⁵⁴⁸ Cfr. RUDA GONZÁLEZ, A., “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2003, págs. 15-16 (en el sitio de Internet: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/147_es.pdf).

⁵⁴⁹ No obstante, existen disposiciones españolas que tipifican un criterio especial de cálculo en supuestos de causa anónima o Responsabilidad colectiva: la «cuota de superficie». En los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la causa que provocó el daño, se obliga

de mercado, al revés, introduce un rígido criterio de medición, pues equipara la probabilidad de que el fabricante ocasionara el daño al volumen de su mercado⁵⁵⁰. Al margen de estas diferencias, es claro que ambas doctrinas abordan un problema de causalidad alternativa o disyuntiva, en los que el daño deriva de la conducta de un sujeto o del comportamiento de otro, pero no de ambos a la vez⁵⁵¹. La teoría de la pérdida de oportunidad, en cambio, se proyecta, no sobre casos de causalidad alternativa, sino sobre supuestos de causalidad ausente o incierta⁵⁵², en los que las probabilidades de que no se hubiera producido el daño no alcanzan la entidad que permite apreciar la efectividad del elemento etiológico.⁵⁵³

§ 120.º En el ámbito de la responsabilidad civil, se dice que hay causalidad física cuando, representado idealmente el curso de los acontecimientos, como si no hubiera mediado el hecho ilícito, resulta lógicamente que el daño no se habría producido. Ésta es, en síntesis, la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*⁵⁵⁴. La teoría de la pérdida de oportunidad entra en juego, justamente, cuando el análisis de la causalidad física se resuelve

solidariamente a los titulares de derechos personales o reales de los terrenos de los que pudo provenir y, en la relación interna, se calibra el grado de su responsabilidad en proporción a la superficie colindante con el predio del perjudicado [cfr. al art. 35/1, b), del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (Ref. BOE-A-1971-444), con última actualización publicada el 27/03/2010].

⁵⁵⁰ Esta circunstancia determina muy probablemente que, en Europa, se admita corrientemente la doctrina de la responsabilidad colectiva, pero no la de la responsabilidad por cuota de mercado. Ambas afirman derechos resarcitorios en supuestos en que no puede apreciarse la existencia de un auténtico vínculo causal natural. La diferencia sustancial radica en los criterios con que se calculan las probabilidades causales. La teoría norteamericana, afirmada sin matices para todo el ámbito de la responsabilidad por productos, desplaza los criterios generales o «reglas de la sana crítica» y, en su lugar, emplea un rígido criterio que no garantiza la calidad epistemológica del grado probabilístico hallado.

⁵⁵¹ El concepto de causalidad alternativa o disyuntiva ha sido acuñado en Alemania por oposición al de causalidad concurrente o cumulativa.

⁵⁵² En España, la regla de la responsabilidad proporcional que se establece a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad no resulta en absoluto ajena al sistema jurídico español que, en el marco de diversas teorías, la utiliza para brindar protección en supuestos de ausencia de prueba del nexo de causalidad.

⁵⁵³ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 862-865.

⁵⁵⁴ Véase, a respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, el anterior § 98.º de este mismo capítulo.

insatisfactoriamente, porque no logra concluirse que el hecho ilícito ha sido condición necesaria de la inobtención del beneficio o de la evitación del daño. La doctrina de la oportunidad perdida significa, por tanto, el intento de extender la tutela resarcitoria a una serie de casos que, en principio, quedan al margen del sistema de responsabilidad civil, por no cumplirse una de sus exigencias elementales: que el hecho ilícito haya provocado materialmente el daño, dado que, sin él, éste no se habría producido. En suma, el problema de la pérdida de oportunidad atañe a la teoría de la causalidad física⁵⁵⁵. Una hipótesis de pérdida de chance puede colocarse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado o del daño padecido.⁵⁵⁶

§ 121.º El sentido institucional de la teoría de la pérdida de oportunidad se opone diametralmente a la teoría de la imputación objetiva⁵⁵⁷: esta última introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física y la primera, en cambio, busca argumentos para condenar al agente, pese a que su actuación no se presenta como condición necesaria del daño. La teoría de la imputación objetiva, al igual que sus predecesoras (teorías de la causalidad próxima, eficiente y adecuada⁵⁵⁸), se ha formulado con la intención de recortar las potencialidades aplicativas de un sistema que, de basarse en la estricta realidad causal, se creía

⁵⁵⁵ Se incluye en la teoría de la causalidad física las denominadas «causalidades omisivas», por más que no sean causalidades naturales en sentido estricto, pues se considera que apenas las acciones positivas tienen esa calidad. Esto porque la cuestión práctica que se plantea es la propia de la teoría de la causalidad física (concretar si hay o no causa), no la de la causalidad jurídica (determinar si esa causa es o no jurídicamente relevante). Cuando el hecho ilícito sea una omisión, la diferencia reside en que, para comprobar si existió o no nexo causal, hay que figurarse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de no faltar la acción positiva omitida. La supresión mental del hecho ilícito (método de eliminación) para apreciar causalidades físicas en sentido estricto consiste, en las causalidades omisivas, en la agregación mental de la conducta debida (método de sustitución).

⁵⁵⁶ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 865-867.

⁵⁵⁷ Véanse, sobre la imputación objetiva, el anterior § 102.º y sigs. de este mismo capítulo.

⁵⁵⁸ Véanse, respectivamente, los anteriores §§ 99.º, 100.º y 101.º del presente capítulo.

que no tendría límite. Por contraposición, la doctrina de la oportunidad perdida, de la misma manera que las doctrinas de la causa anónima y de la responsabilidad por cuota de mercado⁵⁵⁹, se formula para ampliar esas potencialidades aplicativas, porque se cree que hay casos en que resulta injusto condicionar el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente del lazo causal. Por lo menos en algunos sectores (actividades sanitarias, legales e industriales; fabricación y distribución de productos; procesos, procedimientos, concursos y oposiciones), se aprecia cómo los teóricos del Derecho de daños y la propia jurisprudencia han empezado a dirigir sus esfuerzos en otro sentido⁵⁶⁰, movidos por un espíritu de ampliación más que de restricción.⁵⁶¹

§ 122.º Tan sólo a partir de finales de los años 80 del siglo pasado, la teoría de la pérdida de oportunidad penetró el sistema jurídico español de la mano de los tribunales, que la han tomado de los ordenamientos francés e italiano, del Consejo de Estado, que la ha conocido gracias a la jurisprudencia estrasburguesa, y del legislador, que ha consagrado expresamente el derecho a indemnización con base en el criterio de las «posibilidades reales» en el artículo 63 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE⁵⁶². Desde hace cerca de dos décadas, el Consejo de Estado (y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas) y los tribunales españoles invocan la idea de la oportunidad perdida para conceder indemnizaciones ante la falta de prueba del nexo causal. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en particular, ha consolidado una jurisprudencia que, afirmada inicialmente a finales de los años 80 por Juzgados y Audiencias, es propicia a la

⁵⁵⁹ Véanse, respectivamente, los anteriores §§ 118.º y 119.º de este mismo capítulo.

⁵⁶⁰ Este fenómeno comienza a manifestarse en España, donde se está desplazando la atención, al menos en parte, de la teoría de la imputación objetiva a la teoría de la causalidad física y su prueba.

⁵⁶¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 867-869.

⁵⁶² Ref. BOE-A-1998-30153.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en asuntos de responsabilidad civil de profesiones legales, aunque no siempre se maneje rigurosamente⁵⁶³. Del mismo modo, reconoció la resarcibilidad de las chances de curación en la S.T.S. de 10 de octubre de 1998⁵⁶⁴, después de que las Audiencias Provinciales inauguraran una importante línea jurisprudencial favorable a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario⁵⁶⁵. En el orden contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional⁵⁶⁶, los Tribunales Superiores de Justicia⁵⁶⁷ y, últimamente, el Tribunal

⁵⁶³ En ocasiones, se produce una defectuosa captación jurisprudencial del problema de la prueba del nexo causal, como ocurre en la denominada doctrina del «juicio dentro del juicio» en una concreta serie de casos de responsabilidad civil: los que plantean las actividades forenses y, en particular, los de culpa de abogados y procuradores, por falta de interposición de un recurso [véanse la S.T.S. de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), la S.T.S. de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871), la S.T.S. de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956) y la S.T.S. de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630)]. En estos casos, la pérdida de las ganancias que esperaba obtener el cliente deja de repararse, no porque no concorra el nexo de causalidad, sino porque el alto tribunal no quiere siquiera examinar si lo hubo o no, negando la viabilidad del «juicio dentro del juicio» [el T.S. intenta compensar su actitud claudicando con el reconocimiento de una cantidad en concepto de daño moral, como ocurrió en la S.T.S. de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013)].

⁵⁶⁴ Se trata del caso de un trabajador que, tras sufrir la amputación de una mano, perdió la oportunidad de que le fuera reimplantada, debido a las condiciones en que se produjo su transporte al hospital. El acogimiento del recurso se basó en que podía apreciarse que la enfermera encargada de habilitar el transporte de la mano amputada actuó con un cierto descuido profesional, por lo que se la condenó a indemnizar al lesionado por la pérdida de la oportunidad de que se hubiera efectuado con éxito el reimplante de la mano amputada. No podía atribuirse a la profesional sanitaria el fracaso de la operación realizada, porque ésta podría haber resultado fallida aunque la mano hubiera llegado al hospital en óptimas condiciones, pero sí la privación de una oportunidad de curación. El T.S. fijó la indemnización en 1.500.000 Ptas., estimándose parcialmente la demanda en la que la pretensión se había cifrado en 20.000.000 Ptas., pero no expresó al respecto la más mínima motivación justificativa de la cantidad decretada (RJ 1998, 8371). Frente a la práctica de fijar indiscriminadamente una indemnización global y no fundamentada, refugiándose el juzgador en la equidad para establecer indemnizaciones generalmente parcas, «se ha de tener en cuenta la correlación entre incertidumbre acerca del éxito y certeza del fracaso» y debe acudir necesariamente a «criterios de razonabilidad estadística» (como los recogidos en el sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación, incluido hoy en España en el T.R.L.R.C.S.C.V.M.) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., «Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la S.T.S. (Sala 1.ª) de 10 octubre 1998», C.C.J.C., núm. 50, 1999, págs. 533-542.

⁵⁶⁵ Cfr. a la S.A.P. de León de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1504) y la S.A.P. de Madrid de 5 de mayo de 1998 (AC 1998, 7198).

⁵⁶⁶ Cfr. a la S.A.N. de 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004, 274) y la S.A.N. de 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005, 1029).

⁵⁶⁷ Véase la S.T.S.J. de Madrid de 2 de febrero de 2006 (RJCA 2006, 383).

Supremo⁵⁶⁸ manejan esta teoría en supuestos de responsabilidad de la Administración sanitaria, aunque no con mucho rigor.

§ 123.º En suma, la oportunidad perdida se presenta, así, como una doctrina en auge desde la entrada del nuevo siglo, a la que los jueces y tribunales españoles, tanto de lo civil como de lo contencioso-administrativo, acuden a menudo en supuestos de negligencia de profesionales legales o sanitarios. Fuera de este ámbito, todavía son raros los pronunciamientos que acogen la figura y la jurisprudencia manifiesta una tendencia heredera del pensamiento ilustrado y positivista, que invoca la regla del libre arbitrio para exigir que los hechos sean demostrados con toda certeza, desestimando reclamaciones indemnizatorias por la falta de acreditación de un nexo causal cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable. La exigencia de estos altísimos requerimientos probatorios es frecuente, mayormente, en supuestos de lucro cesante futuro, en los que el actor solicita la reparación de las ganancias que habría obtenido de no haber mediado el hecho ilícito.⁵⁶⁹

§ 124.º En el entendimiento de Medina Alcoz⁵⁷⁰, la teoría de la pérdida de oportunidad se enfrenta directamente a la teoría de la causalidad y a los preceptos sobre los que ésta se ha edificado, en España: los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, para la responsabilidad contractual y extracontractual de los particulares, y los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público⁵⁷¹, para la responsabilidad de las administraciones públicas. Estos preceptos presuponen la prueba del nexo etiológico, no pudiendo surgir sin ella la obligación de indemnizar, razón por la cual la responsabilidad (parcial o proporcional) por una causalidad sólo posible parece incompatible con

⁵⁶⁸ En supuestos de ausencia de consentimiento informado, véanse la S.T.S. de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889) y la S.T.S. de 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5323); y, en casos de diagnóstico intempestivo de dolencias o enfermedades, véase la S.T.S. de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 9611).

⁵⁶⁹ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 836-840.

⁵⁷⁰ Véase MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, cit., págs. 325 y sigs.

⁵⁷¹ Ref. BOE – A – 2015 – 10566.

estos mismos preceptos. El conflicto entre la dogmática tradicional (que impone el «todo o nada») y la sensibilidad judicial (a la que repugna esta solución en algunos casos de incertidumbre causal) se ha resuelto a favor de ésta última, a través de las teorías ontológicas. Así, para justificar el otorgamiento de indemnizaciones parciales en supuestos de falta de prueba patente del nexo causal, la doctrina y jurisprudencia españolas afirman que, en los casos en que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, la víctima pierde una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o sufre un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Bajo esta perspectiva, el daño indemnizado es, no el daño final incierto, sino la pérdida de la posibilidad de evitarlo⁵⁷², configurado como un daño «*a se stante*» de carácter económico o personal. De esta forma, la teoría del daño proporciona cobertura para la indemnización en supuestos de incertidumbre causal insalvable.⁵⁷³

§ 125.º Este modo de proceder, al ocultar el problema de fondo, en la opinión de Medina Alcoz, impide la discusión abierta en torno al alcance que puede reputarse como adecuado o idóneo para la responsabilidad sin causa (suficientemente) acreditada dentro del Derecho de daños español. Por ello, cree el autor que se deberá situar la teoría de la pérdida de oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general de «todo o nada». Se trata de un régimen especial de imputación probabilística que da entrada a la virtualidad de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual, sin negarle esta calidad de manera ficticia⁵⁷⁴.

⁵⁷² La denominación misma del expediente examinado (teoría de la pérdida de oportunidad) sugiere la existencia de «chances» u «oportunidades» como bienes de la realidad cuya pérdida reclama una reparación.

⁵⁷³ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 844-845.

⁵⁷⁴ La Sala de lo Civil del T.S. español ha recibido estos planteamientos, fundando la doctrina de la pérdida de oportunidad en la teoría de la causalidad. La S.T.S. de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784) es el primer pronunciamiento en España que concibe la teoría de la pérdida de oportunidad como un régimen especial de imputación probabilística que opera en supuestos de incertidumbre causal, sin acudir a la ficción de que el objeto resarcido es el sacrificio de una

Planteada así la cuestión en el Derecho español, la dificultad está en concretar hasta qué punto el recurso a la analogía permite aumentar el inicialmente estrecho campo aplicativo de la doctrina de la oportunidad perdida y la concepción causal probabilística que lleva incorporada. Desde luego, facilitaría la labor del intérprete una reforma legal que estableciera, con carácter general, los supuestos en que procede brindar indemnizaciones parciales ante causalidades sólo posibles. A tal efecto, deberían ponderarse los resultados que arroja el análisis económico del Derecho, tanto a favor como en contra de un sistema de causalidad probabilística. La teoría propuesta no debe interpretarse como la afirmación de un “nuevo” sistema causal, que sustituye por completo al “viejo”, como si el sistema de imputación probabilística arrumbase con el modelo causal tradicional del «todo o nada» (la responsabilidad total ante probabilidades causales que superan un determinado estándar máximo de certidumbre). En la actualidad, rige también otro sistema de «ni todo ni nada» (la responsabilidad parcial ante probabilidades causales que sólo superan un determinado estándar mínimo de seriedad) para algunos casos de incertidumbre causal. Aunque ambos sistemas son evidentemente diferentes, no puede desconocerse su sustrato común: tanto la teoría causal tradicional (y su corolario del «todo o nada») como la teoría de la pérdida de oportunidad (y su efecto del «ni todo ni nada») se basan en el cálculo (estimativo y, normalmente, lógico-inductivo) de la probabilidad. En el primer caso, la teoría general de la causalidad se apoya en un juicio de verosimilitud encaminado a concretar la probabilidad de que, sin la intervención del hecho ilícito, el daño no se hubiera padecido. La respuesta resarcitoria del régimen alternativo, establecido a través de la doctrina de la chance, se basa igualmente en un juicio probabilístico encaminado a formar el grado de veracidad del hecho causal.⁵⁷⁵

oportunidad de curación. Ya la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. sigue instituyendo la doctrina de la pérdida de oportunidad en planteamientos ontológicos, como si el objeto indemnizado fuera la pérdida en sí de una oportunidad de curación. No obstante, está dando signos favorables a su entendimiento como un régimen de especial de imputación causal en contextos de incertidumbre.

⁵⁷⁵ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 845-848.

§ 126.º Las dificultades que muchos encuentran en la autonomía de la figura de la pérdida de oportunidad en el sistema jurídico portugués resultan del hecho de que la relacionen con los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual (prevista en el artículo 483.1 del respectivo Código Civil), en especial con la relación de causalidad⁵⁷⁶. De hecho, uno de los requisitos de la obligación de indemnizar, en el contexto de la responsabilidad civil *ex contractu* o *ex delictu*, es que exista un nexo causal entre la conducta de la persona responsable y el daño sufrido por la parte perjudicada (según el artículo 563 del mismo Código, que establece que: «La obligación de indemnización existe sólo en relación con el daño que la persona lesionada probablemente no habría sufrido si no hubiera sido por la lesión»)⁵⁷⁷. Como queda claro por la redacción del artículo 563, el Derecho portugués consagra la teoría de la causalidad adecuada, en su formulación negativa, según la cual el hecho que actuó como condición del daño no deberá considerarse una causa adecuada del mismo apenas si, dada su naturaleza general y de cara a las reglas de la experiencia común, se revele indiferente para la verificación del daño.⁵⁷⁸

§ 127.º La forma de resolver este problema en el sistema jurídico portugués es considerar la pérdida de oportunidad como un daño autónomo en

⁵⁷⁶ Para la sentencia del S.T.J. de 05-02-2013 (Proceso: 488/09.4TBESP.P1.S1), «la doctrina de la "pérdida de chances", o de la pérdida de oportunidades, se refiere no a la teoría de la causalidad jurídica o de imputación objetiva, sino a la teoría de la causalidad física, por lo que la pérdida de oportunidad sólo puede colocarse, verdaderamente, cuando el juzgador, después de aplicar las reglas y criterios positivos que orientan y limitan su capacidad de valoración, no obtiene la prueba de que un determinado hecho ha sido causa física de un determinado daño final».

⁵⁷⁷ No parece que exista una base legal positiva para apoyar la indemnización por la pérdida de oportunidad; parece más fácil seguir el camino de invertir la carga o facilitar la prueba, la causalidad y el daño, con la consiguiente reducción de la indemnización, aplicando el art. 494 del C.C. (donde se puede leer que: «Cuando la responsabilidad se fundamente en la simple culpa, la indemnización podrá ser fijada, de manera equitativa, en un valor inferior al que correspondería a los daños causados, desde que el grado de culpabilidad del agente, la situación económica de éste y del perjudicado y las demás circunstancias del caso lo justifiquen») – cfr. MOTA PINTO, P., *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Edit. Coimbra, Coimbra, 2009, Nota a pie de pág. 1103.

⁵⁷⁸ Cfr. ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 885 y sigs.; y GOMES, J., «Sobre o dano da perda de chance», *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo 2, Lisboa, 2005, págs. 9-47.

sí mismo⁵⁷⁹, como si anticipara el perjuicio relevante en relación con el daño final, pero únicamente hipotético (por ejemplo, falta de curación de una persona, pérdida de un concurso, fracaso de las negociaciones de un contrato), para cuya ocurrencia no se puede aseverar un nexo causal suficiente.⁵⁸⁰ En este sentido, debe considerarse que la mera posibilidad de que una persona se cure, se presente a un concurso o negocie un contrato constituye un bien legalmente protegido. Si, en el campo contractual, la pérdida de oportunidad puede desencadenar la responsabilidad de acuerdo con la voluntad de las partes (quienes erigieron esta "oportunidad" como un bien jurídico protegido por el contrato); en el campo extracontractual, este camino es mucho más difícil de seguir: no cabe en el artículo 483.1 del Código Civil portugués y, fuera de este contexto, depende de la posibilidad de determinar la violación de una norma cuyo alcance sea precisamente la salvaguardia de la "oportunidad".⁵⁸¹ Así, la figura de la "pérdida de oportunidad" tiene como objetivo superar la tradicional dicotomía: responsabilidad contractual *versus* responsabilidad extracontractual o aquiliana, *summa divisio* puesta en tela de juicio, en un momento en el que cada vez más se enfatiza en la jurisprudencia portuguesa que la responsabilidad civil posee una función punitiva⁵⁸² y protectora de las expectativas y esperanzas de los ciudadanos en sus relaciones, que deberá guiarse por estándares de ética y moralidad⁵⁸³, como propugnan los defensores de la llamada "Tercera Vía" de la responsabilidad civil⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ Véanse, a este respecto, el § 90.º y sigs. del punto 4. El daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁵⁸⁰ La jurisprudencia portuguesa dominante considera que la pérdida de oportunidad se traduce en un daño indemnizable, siempre y cuando se refleje en una oportunidad perdida sustancial y suficientemente significativa (para lograr un beneficio o evitar una pérdida) – cfr. a las sentencias del S.T.J. de 09-07-2015 (Proceso: 5105/12.2TBSXL.L1.S1), de 30-11-2017 (Proceso: 12198/14.6T8LSB.L1.S1) y de 15-11-2018 (Proceso: 296/16.6T8GRD.C1.S2).

⁵⁸¹ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, M., *Direito Civil - Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 103-104.

⁵⁸² Aunque la mayoría de la doctrina española niegue la función punitiva de la responsabilidad civil.

⁵⁸³ Cfr. a la sentencia del S.T.J. portugués de 01-07-2014 (Proceso: 824/06.5TVLSB.L2.S1).

⁵⁸⁴ Véanse, a respecto de la "Tercera Vía", los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

§ 128.º A través de la teoría de la pérdida de oportunidad, está generalizándose la aplicación de un criterio de proporcionalidad según el cual, ante la incertidumbre causal, es decir, ante la posibilidad de que el hecho ilícito no causara el daño, se opta, no por negar la protección resarcitoria, sino por reconocer una indemnización reducida porque descuenta una parte proporcional a la probabilidad de que el agente (posiblemente) dañoso no propiciara la lesión. Así, la regla de indemnización proporcional, que se admite en el marco de la doctrina de la oportunidad perdida, puede percibirse como manifestación de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal.⁵⁸⁵

§ 129.º Una de las consecuencias de la teoría de la causalidad es que hay ocasiones en las que el daño no puede atribuirse exclusivamente a la acción u omisión del sujeto, sino que han determinado o coadyuvado a su ocurrencia causas ajenas, como el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la conducta de la propia víctima⁵⁸⁶. Estas causas determinarán la exoneración de responsabilidad civil del presunto responsable⁵⁸⁷ o, cuando menos, la exoneración parcial, siempre que entre la conducta del agente y el resultado que la misma habría de producir se dé la interferencia de circunstancias extrañas a la voluntad de aquél⁵⁸⁸, que desvía o al menos influye en el curso causal desatado por el acto originario.

⁵⁸⁵ Cfr. MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, cit., págs. 870-872.

⁵⁸⁶ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 227 y sigs..

⁵⁸⁷ No obstante, existen excepciones al principio de la exoneración por causa ajena, dado que la regla de la exoneración del art. 1105 del C.C. español quiebra en «*los casos expresamente mencionados en la ley*» (como sucede en los supuestos de mora del deudor y de doble o múltiple disposición de la cosa, previstos en el art. 1096, pár. 3.º, o de deuda de cosa cierta procedente de delito o falta, regulado en el art. 1185 – todos del C.C. español) y en aquellos casos «*en que así lo declare la obligación*» (el mejor ejemplo son muchos de los contratos aleatorios, como los de seguro, en los que una de las partes asume la consecuencia jurídica de los riesgos contingentes que puedan sobrevenir).

⁵⁸⁸ Para Yzquierdo Tolsada, no debe admitirse la doctrina de la fuente de peligro aumentado, según la cual, como grandes sectores de la responsabilidad objetiva se encuentran presididos por actividades peligrosas, basta con que el daño esté en íntima relación con esa actividad peligrosa para que la relación causal no se interrumpa por la interferencia de circunstancias

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

§ 130.º Para que exista propiamente causa ajena se requiere, según se deduce del tenor del artículo 1105 del C.C. español, que el suceso sea imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable; exigencia que parece lógica si se tiene en cuenta la regla de la diligencia prevista en el artículo 1104 y la que marca el *quantum* indemnizatorio del artículo 1107 (ambos del mismo texto legal)⁵⁸⁹. Así, no basta con que el evento sea imprevisible, pues, si siéndolo, resultaba evitable teniendo en cuenta el *plus* de diligencia que cabía al deudor, no hay caso fortuito en sentido amplio (por ejemplo, sería de esperar, conociéndose el aumento del nivel del agua por efecto de las riadas, que se reforzara las amarras del barco)⁵⁹⁰. Al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, en el Derecho portugués el deudor no necesita probar, para librarse de la responsabilidad, que el incumplimiento haya resultado de una causa ajena (de un caso fortuito o de fuerza mayor, de un hecho de tercero o de la conducta de la propia víctima), siendo suficiente para tal demostrar que su conducta no ha sido censurable de acuerdo con la diligencia de un «buen padre de familia», lo que corresponde al mismo criterio que vigora para la responsabilidad aquiliana (arts. 799.2 y 487.2 del respectivo C.C.), verificándose apenas la inversión de la carga de la prueba (art. 799.1 del mismo diploma legal).

extrañas o fortuitas - cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 231.

⁵⁸⁹ Hay aquí una diferencia de índole fenomenológico entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues en ésta la imprevisibilidad ha de ir referida a una conducta activa u omisiva de la que “previsiblemente” puede derivarse un daño para terceros; pero, en materia contractual, la previsibilidad no es noción que vincule la conducta con el daño, sino con el hecho en sí del incumplimiento (quedando incluidos los momentos comprendidos en el *iter* de la ejecución del contrato, si se trataba de una relación duradera). De esta manera, excusa el suceso que, susceptible de provocar el incumplimiento, era imprevisible al tiempo de constituirse la obligación. - Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 197.

⁵⁹⁰ Sin embargo, el caso fortuito en sentido amplio no se confunde con la ausencia de culpa: en esta última caben los casos en que el daño no se puede atribuir a la negligencia o impericia; en aquél hay un daño producido por un suceso irresistible. En suma, el caso fortuito es un problema de “incausalidad”, mientras que la ausencia de culpa es una cuestión de inculpabilidad (véanse, a este respecto, el § 52.º y sigs., pertenecientes al apartado a) Criterio subjetivo: culpabilidad, del punto 3. El criterio de imputación del hecho al responsable, del presente capítulo).

§ 131.º Veamos una por una a continuación las **causas de exoneración de responsabilidad**:

a) Caso fortuito y fuerza mayor

§ 132.º Tradicionalmente, el caso fortuito⁵⁹¹ y la fuerza mayor han sido considerados como circunstancias que dan lugar a la exoneración de responsabilidad del deudor y, con carácter general, de quien ha ocasionado un daño⁵⁹². Con fundamento legal en artículo 1105 del C.C. español, el deudor queda exento de responsabilidad, tanto si la obligación que asumió era de actividad como si era de resultado, cuando el cumplimiento se hace imposible por el acaecimiento de un suceso que no se pudo prever o que, previsto, era inevitable; sucediendo lo mismo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Como se puede verificar, esta norma del C.C. español, que con generalidad alude a las circunstancias que liberan al deudor, no utiliza expresamente los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, sino que se limita a describir los sucesos por los que el deudor no responde⁵⁹³. Lo que ocurre es que tales sucesos, del modo en que están formulados, no son otra cosa que el precipitado de la noción del fortuito o de la fuerza elaborados por el Derecho común.⁵⁹⁴

§ 133.º El mencionado C.C. alude en algunas ocasiones al caso fortuito (arts. 1129.3.º, 1136.2.º.3.ª, 1575, 1744, 1745 y 1891) y en otras se refiere a la

⁵⁹¹ Nos referimos al caso fortuito en sentido estricto, como uno de los supuestos de causa ajena, dejando los demás (la intervención de un tercero en la producción del daño y la conducta del perjudicado) para términos posteriores.

⁵⁹² Se trata de las causas de exoneración que encontramos prácticamente en la totalidad de los sistemas objetivos de responsabilidad.

⁵⁹³ Salvo que una norma especial o la convención digan otra cosa (cfr. al citado art. 1105), como hemos visto ya.

⁵⁹⁴ Véanse, a este respecto, REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 872 y sigs.; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 232 y sigs..

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

fuerza mayor (arts. 457, 1777, 1784, 1905 y 1908.3.º)⁵⁹⁵, utilizando en otras ocasiones aún expresiones diversas, tales como “siniestro o caso extraordinario” (art. 484), “acontecimiento no común” (art. 499) o “causa inevitable” (art. 1561). La disparidad terminológica no debe engañar, pues, aunque durante mucho tiempo la doctrina venía distinguiendo entre el caso fortuito y la fuerza mayor⁵⁹⁶, la verdad es que son escasas las ocasiones en que la legislación positiva determina el efecto exculpatario de uno de los sucesos con exclusión del otro⁵⁹⁷. De hecho, si nos atenemos estrictamente a la letra del artículo 1105 del C.C. español, puede afirmarse que caso fortuito es igual a fuerza mayor. Así que, desde una perspectiva general, a salvo los supuestos especiales, la distinción

⁵⁹⁵ El C.C. portugués también se refiere a la fuerza mayor en sus arts. 505 y 509 (sobre responsabilidad objetiva), definiéndola en este último de acorde al carácter externo de la causa.

⁵⁹⁶ La doctrina ha propuesto varios criterios de distinción, que es posible clasificar en dos grandes grupos. En el primero, se encuadrarían aquellas teorías que, a pesar de diferenciar ambas categorías, sostienen que producen los mismos efectos. Entre ellas, el criterio de distinción que puede considerarse más antiguo es el que ve en el caso fortuito la obra de los accidentes naturales, mientras que la fuerza mayor sería el hecho de un tercero por el cual el deudor no debe responder. Para otros, ese criterio es el cabalmente contrario: la actuación de los elementos naturales extraordinarios (o “fuerzas ininteligentes”) define la fuerza mayor, en cuanto que la intervención del hombre sería un caso fortuito. Más moderna es la idea según la cual la expresión caso fortuito se utiliza cuando se quiere insistir sobre el origen accidental e imprevisto del obstáculo, que se debe a un azar inesperado, mientras que el término fuerza mayor se refiere a la naturaleza insuperable del obstáculo, contra el cual no se puede triunfar. Se trata de la tesis de la imprevisibilidad, como característica propia del caso fortuito, en cuanto que en la fuerza mayor sería la inevitabilidad o irresistibilidad. Para otros, caso fortuito y fuerza mayor son dos nociones que participan de la misma naturaleza, pero diferentes en grado: ambas vendrían definidas por ser hechos independientes de la voluntad del deudor, todavía la segunda designaría acontecimientos mucho más violentos. Por último, otros autores ponen el acento en el criterio de la imposibilidad absoluta o relativa de la prestación: la primera correspondería a la fuerza mayor, mientras que la segunda al caso fortuito. El segundo grupo está integrado por aquellas teorías que no sólo admiten la distinción conceptual entre caso fortuito y fuerza mayor, sino que esa diferenciación lleva aparejada además importantes consecuencias prácticas, en cuanto son muy distintos los efectos que se derivan de uno y otra. El punto de partida de tal idea se halla en Exner, con la tesis de la diferenciación. El contenido fundamental de esta tesis reside en el criterio de la interioridad o exterioridad del evento en relación con determinada actividad: será caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito de riesgo de esa actividad, mientras que la fuerza mayor viene definida por el suceso exterior a la misma. Esto proporciona una adecuada base teórica en el proceso de implantación de sistemas de responsabilidad, en los que es posible hacer responsable al dañante en el primer caso, pero no en el segundo. – Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 888-890.

⁵⁹⁷ Para Reglero Campos (en REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 406), el C.C. español abona la idea de la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor en aquellas hipótesis en las que el deudor o el agente del daño responden por sucesos que no pueden serles imputados culpablemente, siendo el límite de esta responsabilidad la fuerza mayor. Concluye el autor, pues, que se responde por caso fortuito, pero no por fuerza mayor.

entre ambos conceptos carece de utilidad práctica, en la medida en que siendo la regla general la responsabilidad por culpa en los Códigos Civiles europeos de tradición romanista, tanto desde el punto de vista de las relaciones contractuales como de las extracontractuales, la verificación de un hecho subsumible en cualquiera de ambas categorías conduciría al mismo resultado⁵⁹⁸. En conclusión, parece que el Derecho regula uniformemente y salvo contadísimas excepciones los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor, identificando las dos nociones⁵⁹⁹; pero lo hace con muy escasa propiedad terminológica.⁶⁰⁰ La cuestión se coloca sobre todo en el ámbito de la responsabilidad objetiva, en el que la distinción se revela importante dado que las respectivas normas contemplan la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad, pero no el caso fortuito⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Sin embargo, existen preceptos en el C.C. español (como los arts. 457, 1575, 1784 y 1905) que hacen responder al deudor por hechos que no pueden ser adscritos a la categoría del caso fortuito o de la fuerza mayor, pero que tampoco están sustentados en una imputación por culpa – cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. (REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 403).

⁵⁹⁹ La jurisprudencia española tampoco ha sentido la necesidad de establecer la diferenciación, sino hasta la aparición de las leyes especiales de responsabilidad. Efectivamente, las pioneras en esta materia han sido las salas de lo Social y, sobre todo, de lo Contencioso-Administrativo, pues fue en los ámbitos de sus respectivas competencias donde primero se instituyó un sistema objetivo de responsabilidad. Después de ello, la jurisprudencia ha asumido de forma decidida la doctrina relativa a la interioridad o exterioridad del evento, exigiendo para apreciar la existencia de una fuerza mayor no sólo la concurrencia de los factores de imprevisibilidad y evitabilidad, sino también el carácter externo del evento originador del daño. De hecho, «la doctrina jurisprudencial recoge esta orientación y así la sentencia del Tribunal Supremo del 3 de noviembre de 1988, que se menciona en la del 3º de octubre de 1994, se refiere al suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, o como señalan las sentencias del 2 de febrero de 1980, 4-3-1981, 25 de junio de 1982 y 3 de noviembre de 1988, la fuerza mayor se constituye por "aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado" o como señalan las sentencias del 7 de junio y 28 de septiembre de 1988 y 10 de noviembre del mismo año "la fuerza mayor se caracteriza por dimanar de sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial" o como dice la citada del 3 de noviembre de 1988, en aplicación concreta al caso litigioso, el suceso "no tuvo una causa externa o ajena al funcionamiento del servicio"» – cfr. a la S.T.S. de unificación de doctrina de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 737).

⁶⁰⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 232 y sigs..

⁶⁰¹ Véase, por ejemplo, el art. 1.1.I del T.R.L.R.C.S.C.V.M. (Ref. BOE – A – 2004 – 18911).

b) Hecho de un tercero

§ 134.º Dentro del concepto genérico de causa ajena, encontramos como segunda categoría de interferencias en el nexo causal a la intervención de terceros. Se trata de aquellos casos en que el hecho de un tercero interfiere de tal forma en el curso de los acontecimientos, que la lesión del derecho de crédito o el daño extracontractual no puede ser atribuida al deudor o agente. Naturalmente, estamos ante el hecho de una persona de cuyos actos no hay obligación de responder, pues no se incluye en esta categoría de terceros a aquellas personas que por ley revierten la responsabilidad por su conducta sobre aquella en la que recae la imputación que se examina. Si sobre los padres recaen las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados por sus hijos menores, o sobre los empresarios las que generen las conductas de sus dependientes, o sobre el deudor contractual los hechos de su auxiliar, es porque se considera el hecho como suyo propio y no como un hecho de tercero (lo que no impide que quepan otras causas de exoneración de responsabilidad, pero no la que consista en la intervención de “esos” terceros que, en los casos propuestos, no lo son).⁶⁰²

§ 135.º Los Códigos Civiles español y portugués no hacen referencia a la intervención de un tercero en el hecho dañoso⁶⁰³, quizá porque se considera que un hecho de tercero excluye la imputación subjetiva⁶⁰⁴. Por consiguiente, en la interferencia del tercero en el nexo causal será necesario distinguir⁶⁰⁵ si éste

⁶⁰² Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 235 y sigs..

⁶⁰³ Salvo el C.C. portugués, en el art. 505, para exonerar de responsabilidad (objetiva), en caso de accidente, al que tenga la dirección efectiva de cualquier vehículo de circulación terrestre y utilizarlo en su propio interés, aunque por intermedio de otro o este vehículo no se encuentre en circulación (sucediendo lo mismo en los supuestos de fuerza mayor o de el accidente ser imputable a la propia víctima).

⁶⁰⁴ Se menciona expresamente en algunas leyes especiales, normalmente para negarle efectos exoneratorios de responsabilidad, como ocurre con el español T.R.L.R.C.S.C.V.M., en el cual se incluye esta circunstancia entre los supuestos en los que el asegurador dispone de un derecho de repetición, en su artículo 10 (Ref. BOE – A – 2004 – 18911).

⁶⁰⁵ La intervención del tercero puede consistir en una conducta activa u omisiva: tanto podrá tratarse de una irrupción en el campo de actividad del sujeto eventualmente responsable, de manera que el hecho atribuible materialmente a éste no le haga ser sino un mero instrumento de

coadyuva al acaecimiento del hecho dañoso (culpa común o coautoría), en cuyo caso responde junto con los demás intervinientes, normalmente de forma solidaria; de aquel otro en el que su participación causal absorbe por completo la del demandado⁶⁰⁶, suponiendo esa intervención, respecto de este último, un caso de fuerza mayor.⁶⁰⁷ En este segundo supuesto, la actuación del tercero exonera de responsabilidad al agente material del daño, siempre que la conducta del tercero no haya venido predeterminada o condicionada por la del agente material del daño o haya sido un mero instrumento suyo⁶⁰⁸. No se olvide que el hecho del tercero deberá ser imprevisible y/o inevitable, para que funcione como causa de exoneración de responsabilidad⁶⁰⁹.

§ 136.º En los sistemas objetivos de responsabilidad, para determinar si el hecho de un tercero funciona como causa de exoneración de responsabilidad,

una fuerza insuperable – caso en que el demandado no sería sino un agente o elemento intermediario del daño; como podrá constituir una conducta omisiva, lo que sucederá cuando sobre el tercero recaiga un deber de actuar (véase el § 11.º de este mismo capítulo) y cuya omisión resulta absolutamente imprevisible para el demandado y la repercusión en su ámbito de actividad sea inevitable.

⁶⁰⁶ Hemos visto anteriormente (en el § 105.º del presente capítulo) que el criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso impide retroceder en el curso causal cuando en él haya interferido la conducta de un tercero. Para la aplicación de este criterio es necesario [como defiende, entre otras, la S.T.S. de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 826)] que la inmiscusión del tercero sea dolosa o, cuando menos, gravemente negligente (en caso de que esto no suceda, habrá que revertir forzosamente los daños sobre quien puso en marcha el proceso causal) y, además, que la conducta dolosa del tercero no se haya visto favorecida sensiblemente por la del demandado [así, por ejemplo, si se produce por la noche un robo en una entidad bancaria y se demuestra que ésta no había cumplido con todas las exigencias legales o reglamentarias relacionadas con el hecho, se podrá imputar el resultado al banco, como hizo acertadamente la S.T.S. de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3933)]. Para Yzquierdo Tolsada, el criterio de la prohibición de regreso se ha sobredimensionado tanto que se perdió su utilidad como tal criterio. Naturalmente que todo curso causal inicial debe detenerse en caso de que interfiera la conducta dolosa de un tercero; pero, si se declarada rota la causalidad cuando interviene cualquier curso causal puesto en marcha (ya sea por la negligencia del perjudicado, ya por la intervención de terceros o hasta por la acción de la naturaleza), el resultado es que se vuelve al mismo punto de partida - cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 235 y sigs.; en lo que coincide con MARTÍN CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum – Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pág. 55.

⁶⁰⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 916-917.

⁶⁰⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 235 y sigs..

⁶⁰⁹ Cfr. al citado art. 1105 del C.C. español.

por constituir una manifestación de la fuerza mayor, habrá de ser ajeno a la conducta o actividad del demandado y, además, al ámbito de aplicación específico de la norma especial. De este modo, el hecho del tercero eximirá de responsabilidad cuando provenga del exterior del ámbito de aplicación de la ley especial, siendo su irrupción en él de tal magnitud que o bien es causa directa del daño (el criminal que adultera los fármacos, por ejemplo) o bien convierte en irrelevante el nexo causal interno (como ocurre cuando el disparo del cazador alcanza a uno de los neumáticos del vehículo, que invade la dirección contraria, colisionando con otro).⁶¹⁰

§ 137.º Por último, hay que hacer notar que, si son frecuentes los casos de responsabilidad aquiliana en que el proceso causal se ve detenido por la intervención de un tercero, esta doctrina tampoco es ajena a la esfera de las obligaciones contractuales. Así sucede cuando la cosa o el servicio debidos se vuelven imposibles por la conducta de una persona ajena a la relación obligatoria (que, por ejemplo, sustrae el objeto que debía ser entregado).⁶¹¹

c) Conducta del perjudicado

§ 138.º El resultado dañoso puede ser consecuencia de la actuación del agente que concurre con la conducta del perjudicado. La llamada “culpa de la víctima”⁶¹² no se menciona expresamente en el artículo 1902 del C.C. español, pero sí se recoge en prácticamente la totalidad de los textos legales que instituyen sistemas objetivos de responsabilidad, como una de las circunstancias que exoneran al sujeto señalado como responsable ⁶¹³. De todas formas, suele

⁶¹⁰ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 418-419.

⁶¹¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., págs. 204-205.

⁶¹² Circunstancia que tiene su manifestación en el Derecho romano, a través de un conocido texto de Pomponio, según el cual «no se considera que sufra un daño quien lo sufre por su propia culpa».

⁶¹³ En el ordenamiento jurídico español, véase el art. 1.1.I del T.R.L.R.C.S.C.V.M. (Ref. BOE – A – 2004 – 18911) o el art. 145 del T.R.L.G.D.C.U. (Ref. BOE – A – 2007 – 20555), por ejemplo.

considerarse como causa de exoneración de responsabilidad con apoyo en el artículo 1105 del mismo C.C., por constituir la conducta del perjudicado un hecho imprevisible para el agente.

§ 139.º Tradicionalmente, tanto la doctrina⁶¹⁴ como la jurisprudencia⁶¹⁵ españolas, entienden que la “culpa de la víctima” no excluye de forma autónoma la responsabilidad del agente del daño, sino que constituye una ruptura del necesario nexo causal entre el hecho y el resultado dañoso. Esto que no despierta dudas en el sistema subjetivo de responsabilidad, no es así en los sistemas objetivos, en los que la causalidad adquiere un timbre diferente. En el sistema general de responsabilidad, cuando el daño se debe exclusivamente a la “culpa de la víctima”, al insertarse en la relación causal, excluirá siempre la culpa del agente en cuanto queda excluida la imputación objetiva. Por el contrario, en un sistema objetivo, en el que, por definición, la culpa del agente deviene irrelevante, la causalidad tiene una configuración puramente material, pues el nexo causal viene determinado por la ocurrencia del hecho dañoso dentro del específico ámbito de aplicación de la ley especial. De aquí resulta que, mientras la relación de causalidad aparece como un elemento constitutivo

En el C.C. portugués, el art. 505 exonera de responsabilidad (objetiva), en caso de accidente, al que tenga la dirección efectiva de cualquier vehículo de circulación terrestre y utilizarlo en su propio interés, aunque por intermedio de otro o este vehículo no se encuentre en circulación (sucediendo lo mismo en los supuestos de fuerza mayor o hecho de un tercero).

⁶¹⁴ Véanse REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 922 y sigs.; SOTO NIETO, F., “Adaptación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario”, *La Ley*, núm. 1594, 1986, pág. 3; SANTOS BRIZ, J., *Derecho de la Circulación – Estudios*, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 196; TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”, en *Estudios sobre delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, Valencia, 1975, pág. 390; BENÍTEZ DE LUGO, L., *El seguro obligatorio de vehículos a motor y su proyección indemnizatoria*, Reus, Madrid, 1965, pág. 47; y HEREDERO, J. L., *La responsabilidad sin culpa – Responsabilidad objetiva*, Nauta, Barcelona, 1964, pág. 140.

⁶¹⁵ Ejemplificadamente, la S.T.S. de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010) afirma que «es doctrina jurisprudencial (Ss. de 12 diciembre 1984 y 1 octubre 1985) que deben quedar excluidos de responsabilidad los casos en que la víctima, lejos de ser un mero sujeto pasivo de la acción dañosa adopta un papel activo y protagonista en la producción del resultado», pues «esta circunstancia no permite que, en análisis del nexo causal -quaestio iuris-, pueda establecerse relación entre la situación descrita y el resultado dañoso». En el mismo sentido, la S.T.S. de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 5918).

esencial en todo sistema subjetivo de responsabilidad, en uno objetivo la “culpa de la víctima”⁶¹⁶ puede concebirse como un elemento causal susceptible de ser matizado, sobre todo cuando exista una desproporción apreciable entre los elementos de riesgo utilizados por el eventual responsable, el grado de participación causal de la víctima y los daños sufridos – casos en los que no es descartable hablar de coimputación causal.⁶¹⁷

§ 140.º Así, las antiguas opiniones entendían que la mera intervención de la víctima rompe el nexo causal, no debiendo responder el agente por considerarse que su comportamiento, por sí sólo, no habría dado lugar al daño. Según este criterio, nada puede reclamar el perjudicado que haya participado en el daño y no procede distinguir si su conducta ha sido la única causa del mismo o no. Si observamos la evolución en el Derecho comparado, comprobamos que la idea que actualmente prevalece es precisamente la contraria⁶¹⁸: el nexo causal se rompe cuando el daño se ha producido de manera exclusiva o casi exclusiva por el comportamiento de la víctima; pero, en caso de concurrir con la conducta del agente, se opta por la moderación de la indemnización.⁶¹⁹

§ 141.º En conclusión, cuando la intervención de la víctima en el hecho dañoso constituye un aporte causal decisivo y, además, la operación de imputación subjetiva da como resultado un exclusivo juicio de reproche para ella⁶²⁰, se considera que el daño deberá ser soportado exclusivamente por la misma y/o por las demás personas que puedan resultar perjudicadas por el hecho dañoso. Estaríamos, en este supuesto, ante la figura de la culpa exclusiva

⁶¹⁶ En un sistema objetivo de responsabilidad, al responsable del resultado dañoso resulta más difícil probar que ha existido “culpa de la víctima”.

⁶¹⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 922-923.

⁶¹⁸ En el Derecho alemán, se considera expresamente como una exigencia de la buena fe en el §254 del B.G.B., tal como en el art. 570 del C.C. portugués.

⁶¹⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 238 y sigs..

⁶²⁰ Que incluye, naturalmente, el dolo.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de la víctima⁶²¹. Por el contrario, cuando tanto la imputación objetiva como la subjetiva se “reparte” entre la víctima y el demandado, se procede entonces a distribuir la carga del daño entre una y otro⁶²². Esta situación se conoce, generalmente, bajo la denominación “conurrencia de culpas”⁶²³. Efectivamente, la cuestión técnicamente es de “conurrencia de causas” y no de “conurrencia o compensación de culpas”, que son las expresiones más utilizadas⁶²⁴; una vez que, como afirma la S.T.S. de 1 de febrero de 1989 (RJ 1989, 650)⁶²⁵, «no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos y, valorada su incidencia en el nexo causal, deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización». ⁶²⁶

⁶²¹ Los casos en que existe un mayor número de sentencias que aprecian la conurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, y sobre los que más frecuentemente se pronunció el T.S. español, son los de accidentes de trabajo, los ferroviarios y los de circulación de vehículos de motor. Pero ha sido sobre todo en el ámbito estos últimos que se construyó la doctrina jurisprudencial sobre la culpa exclusiva de la víctima [véase la S.T.S. de 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2983), en la que la demandante reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en accidente de circulación al colisionar el ciclomotor que conducía con el automóvil de turismo conducido por el codemandado]. Según esta doctrina, para que opere como causa excluyente de la responsabilidad del agente (conductor), la conducta de la víctima habrá de ser única, total y exclusivamente la originadora del daño (siendo absolutamente imprevisible para el dañante, cuya conducta ha de ser irreprochable) y, además, la “culpa” deberá ser apreciada rigurosamente en un sentido técnico-jurídico (lo que presupone la imputabilidad de la víctima) y no en la acepción vulgar de “causa material” [en estos términos, en la citada sentencia, se concluye «que la única causa determinante de la colisión fue la conducta negligente (de la demandante) sin que ese curso causal haya sido debido a una actuación u omisión culposa del conductor del automóvil», pues «el conductor codemandado no pudo advertir con mayor antelación la presencia del ciclomotor que irrumpió bruscamente en la calzada»].

⁶²² Los tribunales españoles, dentro del sistema general de la responsabilidad civil, son más propensos a admitir la conurrencia de culpas que la culpa exclusiva de la víctima.

⁶²³ Véanse, en el caso español, el § 43.º y siguientes del presente capítulo y, en el caso portugués, el § 49.º del mismo.

⁶²⁴ A favor, MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La conurrencia de causas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, págs. 50 y sigs.; en contra, REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 948-949).

⁶²⁵ Véase, en el mismo sentido, la S.T.S. de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8705).

⁶²⁶ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 948-949.

§ 142.º Ante el problema de la concurrencia de la conducta del agente con la del perjudicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁶²⁷ ha planteado tres posibles hipótesis: la primera es la absorción de la “culpa de la víctima” por la del agente, dada la magnitud de ésta; la segunda consiste en la absorción de la culpa del agente por la de la víctima, en atención a la importancia de ésta; y, por último, considerando que ambas son similares o equivalentes, la compensación (es decir, la moderación o la reducción) de la indemnización reclamada. Sin embargo, es fácil comprobar que la primera hipótesis no abarca una cuestión relevante en este punto, pues si se da la absorción de la “culpa de la víctima” será porque ésta resulta insignificante en comparación con la del agente, por lo que el resultado se habría producido de igual forma aunque la víctima no hubiese incurrido en culpa alguna. Por otra parte, la segunda de las hipótesis no se verifica en los numerosos casos que han traído consigo pronunciamientos jurisprudenciales, porque se trata de supuestos en que el agente no incurre propiamente en culpa de ningún género, lo que habrá realmente es culpa exclusiva de la víctima. Finalmente, existen casos en los que ambas conductas han sido jurídicamente relevantes para producir el resultado dañoso, por lo que procede una moderación de la responsabilidad⁶²⁸. En

⁶²⁷ En la sentencia de 23 de enero de 1970 (Roj: STS 424/1970), que considera que, «en casos como éste en que existe la concurrencia compensatoria, conduce a distinguir tres soluciones diferentes atendiendo las posibles entidades de las respectivas culpas intervinientes: en primer lugar, absorción de la culpa de la víctima por la del agente, dada la magnitud de ésta (así puede observarse en las sentencias de 10 de julio de 1963 y 15 de junio de 1967 entre otras); en segundo término, lo contrario, o sea, absorción de la culpa del agente por la de la víctima, en atención a la importancia de ésta; y finalmente, (como se hizo, entre otras, en las sentencias de 10 de mayo de 1963 y 15 de noviembre de 1967), por considerar que ambas son similares o equivalentes, moderación o reducción de la indemnización reclamada».

⁶²⁸ Una descripción de la compensación de conductas, con abundante cita jurisprudencial, se halla en la S.T.S. de 13 de abril de 1998 (RJ 1998, 2390), defendiendo su efecto moderador a la indemnización, «sin que por ello tenga que hablarse, como a veces ocurre, con alguna imprecisión del juego de una especie de compensación de culpas, ya que aunque sea figurativo o didáctico, las culpas nunca se compensan como tampoco se perdonan o neutralizan los pecados, por lo que, cuando, como sucede en las concurrencias como las del caso de autos, si un accidente se produce por varias causas -concausas- cuya conjunción provoca el suceso y todas provienen o responden a -autorías- sujetos distintos, no cabe sino computar en el resarcimiento reparador del daño declarado a favor de la víctima o dañado, su tanto de culpa o autoría en aquella concausa, y, por ende, disminuir en el beneficio atributivo la suma que se considere porcentualmente adecuada en el parámetro de 100 con el preciso módulo aritmético de que estará más próxima a éste, cuanto mayor haya sido su gravedad o influencia etiológica».

definitiva, las anteriores hipótesis pueden ser reducidas a dos⁶²⁹: o hay culpa exclusiva de la víctima, que determina la ruptura total del nexo de causalidad y la no responsabilidad del agente; o lo que hay son conductas relevantes por ambas partes que determinan la necesidad de compensarlas y disminuir el alcance de la indemnización - lo que se conoce por Concurrencia de culpas.⁶³⁰

§ 143.º En materia contractual, la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor puede generar exoneración de responsabilidad. La figura más relevante de falta de cooperación del acreedor en el ámbito de la responsabilidad contractual es la denominada *mora credendi* (o mora del acreedor), que se verifica cuando la ejecución de la prestación sufre un retraso objetivo por una causa imputable al acreedor, al omitir éste la conducta que sea efectivamente necesaria para dar lugar al resultado debido por el deudor. A semejanza de lo que sucede con la mora del deudor, estamos ante una insatisfacción no definitiva del derecho de crédito. La *mora credendi* tiene como efecto jurídico la compensación de moras: aunque el deudor se encuentre también retrasado en el cumplimiento de la obligación, tal deja de serle imputado. Como la deuda le supone al deudor no sólo la obligación principal de cumplir, sino muchas veces también obligaciones accesorias, el ordenamiento jurídico español⁶³¹ permite que quede liberado por medio del ofrecimiento del pago y de la consignación (cfr. a los artículos 1176 y sigs. del respectivo C.C.)⁶³², al tiempo

En el mismo sentido que esta sentencia, véanse también la S.T.S. de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7479) y la S.T.S. de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745).

⁶²⁹ Cfr. a la S.T.S. de 2 de febrero de 1976 (RJ 1976, 311).

⁶³⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 241 y sigs.; en la senda de SOTO NIETO, F., “La llamada compensación de culpas”, *Revista de Derecho Privado*, 1968, págs. 409 y sigs..

⁶³¹ En el ordenamiento jurídico portugués, se considera que «la mora del acreedor (...) posibilita al deudor (...), que tenga interés en ello, la extinción de la obligación de *facere*, por aplicación analógica del art. 808.1 del (respectivo) C.C., en caso de que haya fijado un plazo razonable al acreedor para que éste coopere en el cumplimiento y, no obstante, el mismo injustificadamente mantenga su recusa en cooperar» [cfr. a la sentencia del S.T.J. de 11-03-1997 (Proceso: 96A602)].

⁶³² Cfr. a la S.T.S. de 31 de marzo de 2010 (Roj: STS 2178/2010), «es consolidada doctrina de ese Tribunal Supremo la que declara, entre otras muchas, (S.S.T.S. de 8-6-92 y 10-6-96), que el ofrecimiento de pago sin consignación posterior si bien no libera al deudor tiene en el orden

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

que dispone que el riesgo por pérdida de la cosa debida pase a cargo del acreedor (cfr. a los artículos 1185, 1452.3.º, 1589 y 1.590 del mismo diploma legal). A pesar del retraso del acreedor en recibir la prestación, si perece el objeto de la misma por culpa del deudor, sigue siendo éste responsable. Pero lo que no procede cuando el acreedor se encuentra en mora es la regla que presume la culpa del deudor, cuando la prestación se hace imposible estando la cosa en su poder (cfr. al artículo 1183 del referido C.C.).⁶³³

jurídico las consecuencias de que no pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones».

⁶³³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., págs. 212-213.

IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRA CONTRACTUAL

§ 1.º Como hemos visto anteriormente⁶³⁴, la responsabilidad extracontractual es residual con relación a la responsabilidad contractual, por lo que tiene carácter negativo, en la medida en que viene designado su objeto por contraposición al de la responsabilidad contractual: cuando ninguna relación obligatoria previa conecta el responsable al perjudicado o, preexistiendo ésta, el daño se halla por completo ajeno al ámbito que le es propio, surge la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, el principio subyacente a ambos tipos de responsabilidad es el mismo: «no causar daño a los demás», que era ya considerado por los juristas romanos como una de las tres grandes máximas del comportamiento social. Lo que fundamenta la responsabilidad obligacional no es la violación de una obligación previamente constituida por sí sola, sino el hecho de que esa violación causa daño a otro, como sucede con la responsabilidad aquiliana. Se puede aseverar, en este sentido, que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el Derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles⁶³⁵. Cuando se dice que los principios de la responsabilidad aquiliana componen el Derecho común de la responsabilidad civil, no se pretende afirmar que tal Derecho común se encuentre exclusivamente comprendido en los preceptos legales específicos de la responsabilidad extracontractual⁶³⁶, dado que los textos positivos han aprovechado la idea de que el contrato viene a ser el lugar donde más fácilmente se puede construir toda

⁶³⁴ En el § 9.º del punto 1. **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁶³⁵ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 110.

⁶³⁶ De hecho, en el ordenamiento jurídico español, se entiende que algunos de los preceptos previstos para la responsabilidad contractual (arts. 1101 y sigs. del respectivo C.C.), se aplican analógicamente a la responsabilidad extracontractual (como sucede, por ejemplo, con el art. 1103).

una teoría general de la obligación en forma de normas jurídicas⁶³⁷. Pero lo cierto es que, como pone de relieve Ángel Yagüez⁶³⁸, la ley atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa, concediendo un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho humano distinto del incumplimiento contractual⁶³⁹ será extracontractual, por lo que habrá que determinar el ámbito de la responsabilidad civil contractual por contraposición a la extracontractual.

§ 2.º Partimos, por lo tanto, de la premisa de que para que haya responsabilidad civil contractual es preciso que exista un contrato previo válido entre el responsable y el perjudicado y que el daño resulte de su incumplimiento. Examinemos cada uno de estos **presupuestos de la responsabilidad civil contractual**:

⁶³⁷ Una vez que las normas que componen la sede de la responsabilidad contractual (los arts. 1101 y sigs. del C.C. español y los arts. 798 y sigs. del C.C. portugués) son más bien (como confirma la propia estructura del respectivo Libro IV, en el caso español, y del concerniente Libro II, en el caso portugués) la sede de la teoría general de la obligación (de *toda obligación*, provenga de contrato o de otra fuente).

⁶³⁸ En *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 10.

⁶³⁹ Pese a lo que pudiera parecer por el art. 1101 del C.C. español, no es que haya tres causas materiales de incumplimiento (el dolo, la negligencia y la mora) y una cuarta causa con sustantividad propia (la contravención al tenor de la obligación), en la que cabrían transgresiones residuales o menores: de hecho, de las tres primeras, la mora es la única que tiene auténtica naturaleza de fuente material de incumplimiento; el dolo y la culpa solamente constituyen criterios de imputación (véanse los §§ 37.º y sigs. del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL), pero no causas sustantivas – acciones u omisiones – en el ámbito de la responsabilidad civil (véanse los §§ 10.º y sigs. del mismo capítulo). Habría que reformular dicha norma, sin variar su espíritu, en estos términos: “quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones contravinieren al tenor de las mismas”; de manera que se darían cita en el referido artículo todos los supuestos de contravención del derecho de crédito (no cumplir, cumplir tarde o cumplir mal) que conlleven daños para el acreedor y sean imputables al deudor por algún factor de atribución (el dolo o la culpa, en el caso de la responsabilidad subjetiva) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 123. Así, el art. 798 del C.C. portugués establece que «el deudor que falte de forma culposa al cumplimiento de la obligación se vuelve responsable por el perjuicio que causa al acreedor».

1. Que exista un contrato previo

§ 3.º La responsabilidad contractual tiene como presupuesto la existencia de una relación obligatoria previa entre el dañante y el dañado. No obstante, determinadas **zonas “nublosas”** constituyen una rica y amplia casuística. Veámoslas a continuación:

a) La “relación jurídica precedente análoga”

§ 4.º Hasta la entrada en vigor en España de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶⁴⁰, dado que el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual era excesivamente breve (un año⁶⁴¹) en comparación con el de la contractual (quince años⁶⁴²), se verificó una fuerte tendencia a “contractualizar” daños extracontractuales para escapar de un limitado plazo de prescripción⁶⁴³. Así, se creó en la jurisprudencia española la idea de que no es preciso para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual que exista propiamente un contrato, sino que basta con una “relación precedente análoga”⁶⁴⁴: es suficiente con que «los contendientes estén ligados

⁶⁴⁰ El 07/10/2015, llevada a cabo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (Ref. BOE – A – 2015 – 10727), que modificó el art. 1964 del C.C., a través de su disposición final primera.

⁶⁴¹ En los términos del art. 1968.2.º del C.C..

⁶⁴² Tal y como previsto entonces en el art. 1964 del C.C..

⁶⁴³ Algo que sigue sucediendo en Portugal, una vez que el plazo de prescripción es de tres años, en el caso de la responsabilidad extracontractual (según el art. 498 del C.C.), y de veinte años, para la responsabilidad contractual (en conformidad con el plazo ordinario de prescripción de las obligaciones del art. 309 del C.C.).

⁶⁴⁴ Véase la imaginativa sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1984 (RJ 1984, 386), en la que estaban en causa los daños producidos por filtraciones de aguas fecales en los locales del piso bajo de un edificio de Palma de Mallorca, los cuales eran reclamados a la empresa que tenía a su cargo el servicio público de alcantarillado de la ciudad. El T.S. declaró que la responsabilidad era de carácter contractual, siendo aplicable el plazo de prescripción de quince años (art. 1964 del C.C.) y no el de un año de la responsabilidad aquiliana (art. 1968.2.º), con fundamento en «que 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, siendo de tener en cuenta que, como ha observado la sentencia de esta Sala de 3 de octubre de 1968, aunque no haya obligación derivada de contrato, sí hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídico-reales como la comunidad de bienes»⁶⁴⁵.

§ 5.º Asimismo, existen situaciones en las que las partes se encuentran de tal forma conectadas por vínculos contractuales que toda prestación realizada por una de ellas con relación a la otra, aunque no corresponda a ninguno de los contratos celebrados, toma como referencia una vinculación específica entre las partes, a través de la cual se ha creado una relación de confianza entre ellas (el ejemplo típico es el de la relación de los bancos con sus clientes: cuando alguien que posee cuenta corriente en un banco solicita o recibe servicios que no tienen nada que ver con el depósito bancario, el servicio prestado no puede ser desgarrado de la relación habitualmente existente entre las partes) – es lo que se llama “relación corriente de negocios”.⁶⁴⁶

§ 6.º Así, la calificación de los daños como contractuales no requiere que la relación entre las partes, surgida con motivo del daño, haya de nacer necesariamente de la celebración de un contrato. Basta la existencia de un vínculo obligacional previo entre ellas, que puede brotar de otras situaciones análogas, como, por ejemplo, de servicios públicos directamente sufragados por el beneficiado. Son situaciones en las que entre las partes media una relación jurídica no estrictamente contractual, pero de la que se derivan ciertas obligaciones, normalmente *ex lege* (ejemplificadamente, las que median entre

la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual; existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los artículos 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido».

⁶⁴⁵ Cfr. a la S.T.S. de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3802), que reitera la S.T.S. de 26 de enero de 1984 (RJ 1984, 386). Véase YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 111.

⁶⁴⁶ A semejanza de lo que ocurre con la culpa *in contrahendo*, esta vinculación específica entre las partes genera deberes accesorios de protección, información y lealtad, cuya violación puede dar lugar a responsabilidad civil por los daños causados. – Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 380.

los organismos de la Seguridad Social y sus afiliados⁶⁴⁷ o las nacidas de los servicios públicos con pago de tasas), o relaciones contractuales análogas.⁶⁴⁸

§ 7.º En parecido orden de cosas, destaca en la doctrina y jurisprudencia europeas la cuestión de se saber qué tipo de responsabilidad civil se producirá en situaciones de transporte benévolo o de favor, bien como ante cualesquiera otros servicios o actos benévolos. No cabe duda de que siempre existirá un acuerdo expreso o tácito o, cuando menos, una de las llamadas “conductas

⁶⁴⁷ En virtud de la relación que media entre los organismos de la Seguridad Social y sus afiliados u otras personas con derecho a la asistencia sanitaria, la jurisprudencia de la Sala 1.ª del T.S. español ha declarado, de forma reiterada, que los daños provenientes de una defectuosa asistencia médico-quirúrgica en centros hospitalarios adscritos o pertenecientes a estos Organismos pueden considerarse como derivados de una relación análoga a la contractual, resultando, en consecuencia, de aplicación el plazo de prescripción del artículo 1964 del C.C., sin perjuicio de la «yuxtaposición» con la responsabilidad extracontractual [ésta es la doctrina que se recoge en la S.T.S. de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9496)]. No obstante, esta doctrina fue corregida por la S.T.S. de 11 de junio de 2001 (RJ 2001, 5674), en la que se asumió la tesis del voto particular formulado por Antonio Gullón Ballesteros en la S.T.S. de 30 diciembre 1999, que tuvo una influencia decisiva en el cambio de rumbo jurisprudencial. Sobre la base de la doctrina constitucional acerca de la naturaleza de las prestaciones de la Seguridad Social, según la cual ésta es una «función del Estado» de configuración legal, antes que de naturaleza contributiva, de origen contractual, dicho voto particular señalaba que «no hay una configuración contractual en la relación jurídica entre el afiliado y los organismos rectores de la Seguridad social o en una relación jurídica a la cual ha de aplicarse las normas de responsabilidad contractual cuando dispensen las prestaciones por enfermedad defectuosamente». En cualquier caso, ésta constituye una problemática que hoy carece de objeto a la vista del actual panorama legislativo, en el que la L.R.J.-P.A.C. ha sido derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con última actualización publicada el 05/11/2019 (Ref. BOE – A – 2015 – 10565), y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con última actualización publicada el 07/05/2020 (Ref. BOE – A – 2015 – 10566). Así, a la responsabilidad por los daños causados en el ámbito de los servicios sanitarios públicos se aplica, en principio, el régimen jurídico del sector público (arts. 32 y sigs. de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público), exigiéndose la responsabilidad por los daños causados por personal a su servicio directamente a la Administración (art. 36.1 de la misma Ley), salvo si se trate de responsabilidad penal del personal al servicio de la administración pública (art. 37.1 de la citada Ley). Cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de Derecho Privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de Derecho Privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de Derecho Privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad (cfr. al art. 35 del mismo diploma legal). De este modo, sea cual fuere la naturaleza que quiera dársele, la aplicación de este régimen jurídico se extiende también naturalmente al plazo de prescripción del «derecho a reclamar», que se fija en un año por el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁶⁴⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 169 y sigs.

sociales típicas”; pero no hay consenso sobre si tal es suficiente para calificar la responsabilidad como contractual⁶⁴⁹, aunque se trate de una relación jurídica análoga.⁶⁵⁰

b) La responsabilidad procedente de cuasicontrato

§ 8.º El cuasicontrato constituye una de las fuentes de las obligaciones⁶⁵¹ previstas en el artículo 1089 del C.C. español, por inspiración del Código de Napoleón⁶⁵², que el artículo 1887 del Código español define disponiendo que «son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». Obsérvese que no se tratan estrictamente de «hechos», sino que más propiamente deben calificarse como «actos» (la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido) los que configuran los supuestos de los cuasicontratos regulados. Quiere destacarse con ello que los cuasicontratos se relacionan no con cualquier tipo de acontecimiento⁶⁵³, sino en concreto con actuaciones llevadas a cabo por un sujeto voluntariamente, pero respecto de las cuales la voluntad de su autor (a diferencia de lo que caracteriza a los negocios jurídicos) no alcanza a determinar sus efectos jurídicos, que en consecuencia se

⁶⁴⁹ El C.C. portugués, en su art. 504, considera que, en caso de transporte gratuito, no hay contrato, por lo que la responsabilidad por los daños causados no tendrá carácter contractual.

⁶⁵⁰ Véase, a este respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 111 y sigs..

⁶⁵¹ El origen de la figura del cuasicontrato se remonta al Derecho romano. La doctrina especializada explica que, al clasificar las fuentes de las obligaciones, Gayo llegó a distinguir, frente a la bipartición inicial entre obligaciones *ex maleficio* y *ex contractu*, un tercer grupo (*ex variis causarum figuris*), que más tarde Justiniano dividirá a su vez en otras dos, en función de su mayor proximidad a las obligaciones nacidas de delito -*quasi ex maleficio*- o a las obligaciones nacidas de contrato, de las que se diferencian por la ausencia de acuerdo -*quasi ex contractu*- (cfr. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., págs. 406 y sigs.).

⁶⁵² El actual C.C. portugués de 1966 no prevé esta figura, pues no se inspira en el *Code Civil* francés de 1804 (véase, sobre la evolución histórica, el punto 3. Evolución histórica, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

⁶⁵³ Lo que permite distinguirlos netamente de la responsabilidad por daños (véase, sobre el hecho como elemento de la responsabilidad civil, el punto 1. El hecho, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

producen *ex lege*⁶⁵⁴. De la definición de cuasicontrato otorgada por el artículo 1887, resulta también la licitud del hecho voluntario que da origen a la obligación, pues es la que diferencia a esta fuente de obligaciones de la que ocasiona la reparación del daño⁶⁵⁵. No obstante, la voluntad a la que alude el artículo 1887 no es una voluntad genuinamente negocial, sino referida solo a la realización de la conducta que provoca el nacimiento de las obligaciones⁶⁵⁶, por lo que es precisa la concurrencia de simple culpa, por lo menos, para que proceda la responsabilidad.

§ 9.º Aunque el régimen de las obligaciones cuasicontractuales suele estar bien concretado en los textos positivos⁶⁵⁷, se trata de preceptos que es necesario colocar en el marco de la responsabilidad nacida fuera de contrato⁶⁵⁸. Decir que la responsabilidad derivada de cuasicontrato tiene carácter extracontractual – sencillamente, porque no es contractual⁶⁵⁹ - no se contradice con la idea, compartida por toda la doctrina española, de que el plazo aplicable para exigirla sea el del artículo 1964.2 del respectivo C.C. (cinco años), al tratarse de una acción personal que no tiene establecido un especial plazo de prescripción. Esto porque el art. 1968.2.º del mismo diploma no prevé el plazo de prescripción propio de *toda* reclamación de responsabilidad extracontractual,

⁶⁵⁴ Seguramente, el término «hechos» estaba refiriéndose precisamente a este tipo de conductas, aunque desde la perspectiva del Derecho francés.

⁶⁵⁵ Véase, sobre la ilicitud o antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, el punto 2. La ilicitud o antijuricidad, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁶⁵⁶ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., “Comentario al artículo 1887 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1941; y ARCOS VIEIRA, M. L., “Comentario al art. 1887 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 12861 y sigs..

⁶⁵⁷ Por ejemplo, el que se enriquece sin causa a costa de otro se convierte en deudor con respecto al empobrecido: esta obligación cuasicontractual cobra especialidad entre el gestor de negocios ajenos sin mandato y el dueño del negocio (arts. 1888 y sigs. del C.C. español) y entre quien ha recibido el pago de lo indebido y el que lo ha efectuado (arts. 1895 y sigs. del mismo diploma).

⁶⁵⁸ La voluntad de los redactores del *Code* resulta inequívoca y quedó bien expresada en la Exposición de Motivos: «En los contratos, el consentimiento mutuo de las partes contratantes es el que produce entre ellas la obligación. En los cuasicontratos, al contrario, como en los delitos y cuasidelitos, la obligación (...) resulta de un hecho: es la ley la que lo hace obligatorio».

⁶⁵⁹ No se puede hablar de responsabilidad contractual cuando el autor del daño y su víctima no han creado por su voluntad la posibilidad de ese daño.

sino el de la acción para exigir la responsabilidad civil «por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902». ⁶⁶⁰

c) La responsabilidad precontractual

§ 10.º Tradicionalmente, se entiende que, mientras no se verifique la celebración del contrato, las partes no adquieren ningún derecho, ya que no se ha verificado un ejercicio válido de la autonomía negocial y de la libertad de contratar⁶⁶¹. Cuando se produce un daño *in contrahendo*, ocasionado mediante la formación iniciada de un contrato, por la interrupción o ruptura de los tratos preliminares⁶⁶², llevando a que el contrato acabe no celebrando, por la celebración del contrato en términos que padezca de invalidez o ineficacia⁶⁶³ o por la celebración válida y eficaz del contrato, pero de modo que cause daño a una de las partes⁶⁶⁴, ¿de qué tipo será la responsabilidad que se origina en esta fase precontractual⁶⁶⁵?

⁶⁶⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 113.

⁶⁶¹ Así, el hecho de que se haya iniciado la formación del contrato no podría conducir a una situación de responsabilidad civil, en el caso del contrato no quedar perfeccionado, lo que ocurre apenas cuando se obtiene el consentimiento sobre todas sus cláusulas (cfr. al art. 1258 del C.C. español y al art. 232 del C.C. portugués).

⁶⁶² Hay que distinguir oferta y tratos preliminares en la fase precontractual. Coinciden en su ubicación en el *iter* contractual, puesto que ambos se sitúan en la fase preparatoria del contrato, que se prolonga desde el primer contacto entre las partes hasta el momento de la aceptación y consiguiente perfección del contrato (MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 24-43). Con todo, ante la diversa relevancia que presentan oferta y tratos preliminares en orden a la perfección del contrato, se ha propuesto diferenciar dos subperiodos dentro de la fase precontractual: el que se inicia con el primer contacto de las partes, a través de una oferta, y que culmina en la formalización de ésta (periodo de tratos preliminares propiamente dicho), y el determinado por la aparición de la oferta, que dura mientras la misma tiene vigencia (MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato cuarenta años después”, en IGLESIAS PRADA, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV - *Derecho civil y Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4979-4993).

⁶⁶³ Véase, a este respecto, el siguiente punto 2. Que el contrato sea válido, del presente capítulo.

⁶⁶⁴ Cfr. GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 71 y sigs..

⁶⁶⁵ En caso de ruptura de los tratos preliminares, además de la Responsabilidad precontractual, si la parte que fue “invitada” a negociar tiene elementos para considerar que la ruptura de la negociación es debida a la conducta de la parte contraria, puede pretender reintegrarse de los costes inútilmente contraídos por otras dos vías: como mandatario o como gestor de negocios, en caso de que considere que la oferta para iniciar la negociación constituye un mandato o comisión o, de cualquier forma, como gestor de los intereses del oferente, puede ser indemnizado por los gastos y perjuicios en que incurrió en el desempeño del mandato o de la gestión (cfr.,

§ 11.º Ihering fue el creador de la figura de la culpa *in contrahendo*⁶⁶⁶, como culpa en los tratos preliminares, calificándola de culpa contractual. Para el maestro alemán, cuando una persona entra en negociaciones con otra para llegar a la celebración de un contrato, en los tratos preliminares hay un auténtico pacto tácito de responsabilidad⁶⁶⁷. Tal responsabilidad resultaría del hecho de que una de las partes puede venir a contratar sin las condiciones necesarias para la validez del contrato, siendo inducida a error por la otra parte⁶⁶⁸. En los tratos preliminares, las partes saldrían del círculo de los deberes puramente negativos de los contactos extracontractuales, entrando en la vinculación positiva de la esfera contractual, habiendo por ello que aplicar a la propia contratación la diligencia necesaria para evitar el acaecimiento de daños⁶⁶⁹. De

respectivamente, a los arts. 1729 y 1893 del C.C. español y a los arts. 1167, apartado d), y 466 del C.C. portugués); o con amparo en la doctrina del enriquecimiento sin causa, siendo para ello necesario que el empobrecimiento haya sido causalmente determinante del enriquecimiento o ventaja obtenida por el oferente, que esta retención del enriquecimiento carezca de causa y que la ventaja no haya sido provocada por el destinatario voluntariamente. Con toda seguridad, estas condiciones no se darán en supuestos como los que aquí consideramos. – Cfr. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2.ª Ed., 2017, págs. 119-120.

⁶⁶⁶ La cual no se debe confundir con el *pactum de contrahendo*, contrato preliminar o precontrato, que se verifica cuando una de las partes se beneficia, por iniciativa de la otra, de una indiscutible promesa de contrato, válida durante un determinado tiempo (es ejemplo demostrativo el del arrendamiento con opción de compra). El precontrato constituye por sí sólo un convenio entre el promitente y el beneficiario de la promesa, por lo que la eventual responsabilidad tendrá carácter contractual.

⁶⁶⁷ La doctrina portuguesa mayoritaria considera como contractual la responsabilidad precontractual [cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil*, Volumen II – *Parte Geral, Negócio Jurídico: Formação, Conteúdo e Interpretação, Vícios da Vontade, Ineficácia e Invalidades*, Almedina, Coimbra, 4.ª Ed., 2014, págs. 237 y sigs.; GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 74 y sigs.; y RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 130].

⁶⁶⁸ Ihering partió del supuesto de negociaciones preliminares para celebrar un contrato nulo, cuando una de las partes era conocedora del vicio de nulidad y lo ocultó a la otra parte, llegando a celebrarse el contrato, aunque éste fuera nulo.

⁶⁶⁹ La tesis de la culpa *in contrahendo* ha sido recibida en muchos ordenamientos jurídicos continentales, sea a nivel jurisprudencial, sea a nivel legislativo. A nivel jurisprudencial, a partir del trabajo que la jurisprudencia alemana desarrolló sobre la aplicación del principio de la buena fe en los tratos preliminares y en la fase de la formación del contrato, con base en el § 242 del B.G.B.. Este desarrollo jurisprudencial llevó a la posterior consagración del deber de actuar según la buena fe, durante las negociaciones para la formación del contrato, en los arts. 197 y 198 del C.C. griego de 1940, en los arts. 1337 y 1338 del *Codice Civile* italiano y en el art. 227 del C.C. portugués. En el ordenamiento jurídico español, hay quienes pretenden encontrar el encaje de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* en el art. 1101 del C.C., considerando que la expresión «cumplimiento de sus obligaciones» puede abarcar a más de una situación en que las personas se encuentran negociando, incluyendo los tratos preliminares. Sin embargo, ninguno de los preceptos del C.C. español -ni siquiera el art. 1282- hace referencia expresa a los

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

acuerdo con la sistematización de la jurisprudencia alemana⁶⁷⁰, del deber de actuar según la buena fe derivan tres tipos de deberes accesorios, correspondientes a vectores de este principio, como son la tutela de la confianza y la primacía de la materialidad subyacente: deberes de protección, que determinan que las partes en la fase de las negociaciones deberán evitar comportamientos susceptibles de causar daños a la otra parte, sean personales

tratos o negociaciones preliminares, que, pese a su contingencia y a no constituir en puridad una relación jurídica, adquieren incuestionable relevancia en orden a la formación del consentimiento y a la interpretación del contrato [cfr. a la S.T.S. de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978) - véase DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I - *Introducción Teoría del Contrato*, Civitas, Pamplona, 2007, págs. 311-326]. La consolidación de la doctrina de la culpa *in contrahendo*, como deber de conducta de las partes en la negociación contractual, se extendió también a los Principios de U.N.I.D.R.O.I.T., cuyo art. 2.1.15 establece la prohibición de negociaciones contrarias a la buena fe.

⁶⁷⁰ Preconizada en la doctrina portuguesa por Menezes Cordeiro (cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro I – *Parte Geral*, Tomo I – *Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 331 y sigs.).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

o patrimoniales⁶⁷¹; deberes de información⁶⁷², en virtud de los cuales las partes están obligadas a proporcionar a la parte con quien negocian la información necesaria para conocer las circunstancias que puedan ser relevantes para la

⁶⁷¹ La jurisprudencia alemana utiliza mucho la figura de la culpa *in contrahendo* para colmar dos “debilidades” en su responsabilidad aquiliana: en primer lugar, por regla general, en Alemania no hay lugar a ningún tipo de responsabilidad por daños *puramente* patrimoniales, debido a la renuncia, conscientemente asumida por el legislador, a construir el régimen de la responsabilidad extracontractual sobre la base de una cláusula general de responsabilidad civil como la del modelo del art. 1382 del *Code Civil* francés; en segundo lugar, la responsabilidad por hechos ajenos (por ejemplo, la responsabilidad del dueño de un negocio por la conducta dañosa de sus dependientes) no es precisamente una responsabilidad estricta (objetiva), sino que requiere una culpa propia del responsable, ya sea culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* (cfr. al § 831 del B.G.B.) - culpa esta que se presume, aunque el responsable pueda desvirtuarla aduciendo prueba en contrario. En este segundo aspecto, es muy significativa la famosa sentencia del llamado “caso de los rollos de linóleo”, en el que una cliente y su hijo sufrieron lesiones corporales por culpa del dependiente de un almacén, al colocar las mercancías que ésta iba a comprar (motivo por el cual tendría una pretensión extracontractual en contra del dependiente), pudiendo el dueño del negocio probar que había escogido diligentemente al dependiente y que también de la misma manera lo había vigilado, lo que cerraba las puertas a una responsabilidad por el § 831 del B.G.B.. Sin embargo, el fallo del *Reichsgericht* del 7 de diciembre de 1911 vió en el inicio de los contactos preliminares la fundamentación de una “relación jurídica de carácter similar al contractual”, que imponía al dueño del negocio determinados deberes de protección en favor de aquélla. Así, llegó el tribunal al empleo del § 278 del B.G.B., que prescribe la responsabilidad del deudor por los colaboradores de los que se sirve para el cumplimiento de la prestación. La diferencia definitiva con el § 831 del B.G.B. radica en que el § 278 no prevé ninguna eximente de responsabilidad para el dueño del negocio. Con la modernización del Derecho de las obligaciones alemán del año 2002, como es sabido, fue codificada en el B.G.B. (§§ 241 II y 311) la institución jurídica de la culpa *in contrahendo*, que antes había sido reconocida sólo por práctica jurisprudencial. La decisión en el “caso de los rollos de linóleo” no devino por ello obsoleta, sino que solo obtuvo un fundamento legislativo. – Cfr. SCHMIDT, J. P., “Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los rollos de linóleo”, *Revista de Derecho Privado* n.º 24, Jan./June 2013, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (sitio de Internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n24/n24a13.pdf>).

⁶⁷² El deber de información viene siendo acogido por la jurisprudencia portuguesa, especialmente en la sentencia del S.T.J. de 14-10-1986 (Proceso: 074022) y en varias decisiones posteriores, la cual estipula que «quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los tratos preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte», por lo que «cuando una de las partes sabe o debe saber que un hecho - ignorado por la otra, pero que las reglas de la buena fe exigen que le sea revelado - puede conducir a la ruptura de las negociaciones, se impone que, sin demora, preste esa información», concluyendo que, en el caso concreto, «la demandada tenía la obligación de informar al demandante, adquirente de un predio urbano, propiedad suya, de que iba a modificar o ya modificara el contrato de arrendamiento de la tienda del mismo edificio, antes de que el contrato de compraventa se formalizara».

formación del consenso contractual⁶⁷³; y deberes de lealtad⁶⁷⁴, que se encuentran directamente relacionados con la actuación de las partes, a tenor de los cuales éstas habrán de abstenerse de conductas que puedan crear obstáculos injustificables a la celebración del contrato⁶⁷⁵ o inducir a error a la contraparte. La violación de estos deberes de protección, de información y de lealtad genera la culpa *in contrahendo*, la cual comprende fundamentalmente tres situaciones⁶⁷⁶, como hemos visto ya: la interrupción o ruptura de los tratos preliminares, llevando a que el contrato acabe no se celebrando⁶⁷⁷; la celebración del contrato, en términos que padezca de invalidez o ineficacia; y la celebración válida y eficaz del contrato, pero de modo que cause daño a una de las partes⁶⁷⁸.

⁶⁷³ Pero se entiende que el deber de información sólo surge cuando la otra parte ha cumplido su deber de autoinformación, haciendo lo que razonablemente estaba a su alcance para autoinformarse; en la medida en que el deber precontractual de información tiene como principal objetivo la salvaguardia del contrato y no la promoción legal del equilibrio idealmente justo, ni tampoco la protección del contratante más débil [Cfr. FONTES DA COSTA, M., “O dever pré-contratual de informação”, *Revista da FDUP* – A.4 (2007), págs. 367-394 (sitio de Internet: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf>)].

⁶⁷⁴ El *leading case* de la jurisprudencia portuguesa en esta materia es el de la sentencia del S.T.J. de 05-02-1981 (Proceso: 069021), según la cual «quien, al negociar un contrato (formal o no), deje de proceder con honestidad, incurre en el deber de indemnizar los perjuicios que devengan para la contraparte», siendo «al contratante que interrumpió las negociaciones que corresponde probar si ello se ha debido a impedimento relevante», así como «la buena fe o mala fe no se prueban directamente, se deducen del comportamiento de las personas»; habiendo innúmeras decisiones ulteriores semejantes.

⁶⁷⁵ Donde se incluye la propia ruptura de los tratos preliminares, cuando la otra parte había adquirido justificadamente la confianza de que estos conducirían a la celebración del contrato.

⁶⁷⁶ Cfr. GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 71 y sigs..

⁶⁷⁷ La ruptura de los tratos preliminares constituye una situación que viene siendo objeto de amplia discusión en la doctrina. La mayoría de los autores señala que no se pueden considerar las partes vinculadas a una obligación de concluir el contrato, apenas por el hecho de que hayan entrado en negociaciones, por fuerza de la autonomía de la voluntad. Sólo cuando la otra parte haya creado la confianza justificada de que el contrato se iba a concluir y ocurre una ruptura de los tratos preliminares sin motivo legítimo, se puede considerar haber ocurrido una violación del principio de la buena fe, único caso en el que se aplica la responsabilidad precontractual.

⁶⁷⁸ Existen situaciones en las que las partes se encuentran de tal forma conectadas por vínculos contractuales que toda prestación realizada por una de ellas con relación a la otra, aunque no corresponda a ninguno de los contratos celebrados, toma como referencia una vinculación específica entre las partes, a través de la cual se ha creado una relación de confianza entre ellas (el ejemplo típico es el de la relación de los bancos con sus clientes: cuando alguien que tiene cuenta corriente en un banco solicita o recibe servicios que no tienen nada que ver con el depósito bancario, el servicio prestado no puede ser desgarrado de la relación habitualmente existente entre las partes) – es lo que se llama “relación corriente de negocios”. A semejanza de lo que sucede con la culpa *in contrahendo*, esta vinculación específica entre las partes genera deberes accesorios de protección, información y lealtad, cuya violación puede dar lugar a

§ 12.º La corriente contraria al pensamiento de Ihering⁶⁷⁹ considera que el daño ocasionado mediante la formación iniciada de un contrato, que luego no llega a perfeccionarse, solo puede encontrar su encaje en la violación del genérico «*naeminem laedere*»⁶⁸⁰. Para la doctrina y jurisprudencia francesas, sólo cabrá hablar de responsabilidad contractual a partir del momento en que se encuentre cerrado el período de los tratos preliminares⁶⁸¹: si uno ha hecho la

responsabilidad civil por los daños causados. – Cfr. Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 380], defendiendo que este caso no remite para las modalidades tradicionales de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual, sino que se encuadra en el ámbito de la llamada “Tercera Vía” de la responsabilidad civil, existente entre ambas (véanse, a este respecto, los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL).⁶⁷⁹ Véanse, a este respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 113 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, cit., págs. 136-137; ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *R.C.D.I.*, N.º 485, Julio-Agosto 1971, págs. 859 y sigs.; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La Culpa In Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, cit., pág. 259; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *R.C.D.I.*, N.º 628, Año n.º 71 (1995), págs. 747-788; GARCÍA RUBIO, M. P., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1991; MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *A.D.C.*, Vol. 37, N.º 3, 1984, págs. 687-748; MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *A.D.C.*, Vol. 38, n.º 4, 1985, págs. 979-1010; MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *R.D.P.*, Año 2005, n.º 89, Mes 3, págs. 79-106; y VALÉS DUQUE, P., “La Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, 2006, págs. 713-748; en la doctrina portuguesa, ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 301.

⁶⁸⁰ En la jurisprudencia española, sostiene la tesis aquiliana de la responsabilidad precontractual, entre otras, la S.T.S. de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978), donde se puede leer que «de dichos tratos sociales o “contratos sociales” -denominación germánica- puede y debe derivarse una cierta responsabilidad -responsabilidad precontractual o culpa “in contrahendo”-, y se plasma tal aserto en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 1988 cuando en ella se dice que la culpa “in contrahendo”, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio “neminem laedere”». Véase también, sobre la tesis aquiliana de la responsabilidad precontractual, el comentario a la S.T.S. de 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 4105) llevado a cabo en FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., “Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad ex artículo 1902 CC”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, págs. 281 y sigs..

⁶⁸¹ Frente al argumento de que no puede existir responsabilidad aquiliana en un terreno en el que, por poder las partes moverse aún con entera libertad, no cabe hablar de acto ilícito, se da el ejemplo del art. 1328.1 del C.C. italiano, que permite al proponente revocar la oferta mientras que el contrato no esté concluido, pero teniendo que indemnizar al aceptante de los gastos y las pérdidas sufridos si ya hubo comenzado de buena fe la ejecución del contrato, antes de tener conocimiento de la revocación. Se trata de un supuesto de daño no antijurídico, que encaja perfectamente en el concepto de daño extracontractual. En España, podemos encontrar la misma postura en ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La Culpa In Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, 1989, pág. 259.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

promesa de celebrar un contrato y el otro ha aceptado la promesa, la responsabilidad civil deriva del incumplimiento de lo pactado; pero si tal acuerdo no existió, la víctima del daño deberá situar su reclamación en el campo de la responsabilidad extracontractual⁶⁸².

§ 13.º Se entiende esta dicotomía entre las corrientes alemana y francesa. Mientras que en Francia y España, existe un sistema de atipicidad del ilícito, en el que todo daño puede ser indemnizable; Alemania, al igual que Portugal⁶⁸³, posee un sistema de tipicidad de los daños extracontractuales resarcibles⁶⁸⁴, por lo que se debe acudir al terreno contractual⁶⁸⁵. Si se concibe el daño, de acuerdo con la teoría del daño normativo, como la lesión que la ley permite que sea considerada como un daño⁶⁸⁶, no habiendo sido constituido un derecho de crédito, porque no se llegó a celebrar ningún contrato, no parece posible que el perjudicado pueda reclamar por los daños sufridos debido a la no realización de la prestación (los daños al interés contractual positivo), una vez que no había obtenido ningún derecho previo a su realización; sino que serán apenas daños

⁶⁸² Se critica a Ihering, además, el hecho de que su pensamiento sea el resultado del análisis de uno solo de los supuestos posibles: el de la negociación preliminar para celebrar un contrato nulo, cuando una de las partes era conocedora del vicio de nulidad y lo ocultó a la otra parte, llegando a celebrarse el contrato, aunque éste fuera nulo. Antes de nada, ¿se puede hablar, en rigor, de una acción derivada de un contrato, si éste es nulo? Pero la cuestión que se levanta consiste en si ¿cabría retirar la misma conclusión en los casos en que el contrato no llega a perfeccionarse por falta de cooperación de una de las partes?

⁶⁸³ En el ordenamiento jurídico portugués, el legislador siguió claramente el sistema alemán, estableciendo en el art. 483.1 de su C.C. (relativo a la responsabilidad extracontractual) una cláusula general limitada de responsabilidad civil, correspondiente a la suma del § 823 I y II del B.G.B., aunque con una fórmula ampliada, porque no se refiere apenas a los derechos subjetivos absolutos (como la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona) como ocurre en el C.C. alemán, sino a todo y cualquier derecho subjetivo.

⁶⁸⁴ Véase, a este respecto, el § 84.º del punto 4. El daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁶⁸⁵ Ya que en el sistema de tipicidad alemán de los daños extracontractuales resarcibles no entran los daños primariamente patrimoniales, que son precisamente ante los que nos encontramos en la gran mayoría de los casos en que se experimenta un perjuicio en la fase de preparación de los contratos, sino sólo los derechos subjetivos absolutos.

⁶⁸⁶ Véase, a este respecto, el § 86.º del punto 4. El daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

resarcibles aquellos que la parte sufre en virtud de la confianza que le había sido creada por la otra parte (los daños al interés contractual negativo)^{687 688}.

§ 14.º En los sistemas abiertos de responsabilidad civil, se estipula una cláusula genérica de responsabilidad extracontractual, como la del artículo 1902 del C.C. español, por la que se indemniza todo daño que se cause a un tercero por culpa o dolo del agente. Sin embargo, estos sistemas también presentan dificultades, pues es evidente que, a pesar de lo que declare el precepto, no todo daño causado voluntariamente o por negligencia debe ser indemnizado⁶⁸⁹. El problema de la indemnizabilidad de los daños puramente económicos, que se causan a una persona como consecuencia de haberse celebrado un contrato que resulta ineficaz o como consecuencia de no haberse celebrado el contrato que el sujeto pasivo del daño esperaba que se realizara, no puede ser resuelto por la mera referencia a una regla incondicionada como la del referido artículo 1902. Aquí, la figura de la culpa *in contrahendo* está llamada a resolver la cuestión de la indemnizabilidad de los daños puramente económicos causados con ocasión de la ruptura de una negociación contractual, de la celebración de un contrato en términos que padezca de invalidez o ineficacia o de la celebración válida y eficaz del contrato, pero de modo que cause daño a una de las partes; pero será necesario discriminar qué daños de esta clase son indemnizables y cuáles no. En el Derecho español, no es preciso construir una teoría especial de responsabilidad *in contrahendo* para resolver los supuestos en que se ha causado daño a la integridad de uno de los contratantes o a su derecho de

⁶⁸⁷ Véase, sobre daños al interés contractual positivo y daños al interés contractual negativo, el § 95.º del mismo punto 4. El daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁶⁸⁸ Cfr. Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 375-377], defendiendo que este caso no remite para las modalidades tradicionales de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual, sino que se encuadra en el ámbito de la llamada “Tercera Vía” de la responsabilidad civil, existente entre ambas (véanse, a este respecto, los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL).

⁶⁸⁹ Como lo demuestra el Derecho de la competencia desleal español, que sólo bajo ciertas condiciones de ilicitud hace responder por los daños causados voluntariamente a un competidor.

propiedad, por ejemplo⁶⁹⁰. Tampoco es forzoso instituir una especial responsabilidad por culpa *in contrahendo* cuando se anula o resuelve un contrato como consecuencia de una conducta precontractual imputable a una parte, que permita a la otra terminar con el contrato⁶⁹¹. Por último, tampoco hay que inventar una técnica indemnizatoria al margen de la responsabilidad contractual para afrontar los casos en que una parte se niega a dar efectividad al contrato mediante el otorgamiento de la forma sustancial impuesta por la ley; pues, salvo en los contratos formales como la donación o la hipoteca⁶⁹², ejemplificadamente, todo precontrato no solemne de un contrato solemne es eficaz interpartes (cfr. al artículo 1863 del C.C. español) y da origen a una pretensión de cumplimiento (cfr. al artículo 1279 del mismo C.C.).⁶⁹³ En los primeros casos, deberá hablarse de responsabilidad extracontractual y, en este último, de responsabilidad contractual.

⁶⁹⁰ El viajero al que le roban la maleta en la consigna de la estación liquidará su daño normalmente como responsabilidad extracontractual, así como la señora que trepeieza y se rompe la cadera en una escalera mecánica de un supermercado al que se acercó para hacer sus compras. Cuando se ha acudido en casos similares a la responsabilidad contractual, no fue por la existencia de ninguna carencia en el ámbito de protección del Derecho de daños extracontractuales, sino porque se ha querido alargar el corto plazo de ejercicio del art. 1968 del C.C. español, como se hizo en la S.T.S. de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8132). Mas, en rigor, ello sólo se ha hecho cuando el daño era contextual a la realización de un contrato, efectivamente existente. No existen casos de daños de integridad *in contrahendo* liquidados como daños contractuales, cuando finalmente no se celebró contrato alguno.

⁶⁹¹ Los arts. 1124, 1270.II y 1486.II del C.C., bien como la jurisprudencia española que los aplica e interpreta, demuestran que, tanto los daños que se reclaman como consecuencia de haber contratado en esas condiciones (interés negativo o de confianza) como los daños que se reclaman como consecuencia de que el contratante *in bonis* no haya podido obtener lo que esperaba del contrato anulado o resuelto, se reclaman y se liquidan como responsabilidad contractual ordinaria de los arts. 1101 y 1107 del C.C..

⁶⁹² La donación o la hipoteca no pueden dar lugar a culpa *in contrahendo*, aunque el promitente se niegue a otorgar la forma sustancial de los arts. 632 y 633 o de los arts. 1857 y 1875, respectivamente, del C.C. español.

⁶⁹³ Cfr. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, cit., págs. 121-122, ALONSO PÉREZ, M., "La responsabilidad precontractual", cit., págs. 859 y sigs., ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La Culpa In Contrahendo*, cit., CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El ámbito de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", cit., págs. 747-788, GARCÍA RUBIO, M. P., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, cit., MANZANARES SECADES, A., "La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares", cit., págs. 687-748, MANZANARES SECADES, A., "La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", cit., págs. 979-1010, MEDINA ALCOZ, M., "La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual", cit., págs. 79-106, y VALÉS DUQUE, P., "La Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*", cit., págs. 713-748.

§ 15.º Ahora bien, ningún juicio de responsabilidad por ruptura de los tratos negociales⁶⁹⁴, por celebración del contrato en términos que padezca de invalidez o ineficacia o por la celebración válida y eficaz del contrato, pero de modo que cause daño a una de las partes, puede fundarse exclusivamente en el artículo 1902 del C.C. español. Aunque se pudiera imputar subjetivamente a la parte que negocia algo así como “culpa”, esta culpa no sería relevante en ausencia de otras condiciones que definieran la ilicitud de la conducta. Esta condición de ilicitud sólo puede fundarse en el abuso del derecho del artículo 7 del mismo C.C.. Para que exista mala fe, hacen falta condiciones adicionales al daño y a la confianza, que según Carrasco Perera son las siguientes: primero, que la parte que se retire de la negociación no haya tenido ni tenga intención real de llegar a acuerdo, sino de distraer la atención del contratante o hacerle incurrir en costes o pérdidas de oportunidad; segundo, que la introducción de elementos nuevos o de insistencia sorpresiva en puntos impensables contraríe la confianza de la otra parte, cuando ésta ya ha contraído compromisos y costes no insustanciales y esta confianza se funde en una representación hecha por la otra parte, aunque no tenga la naturaleza de promesa vinculante; tercero, que la parte interesada en la renegociación haya permitido que la otra inicie o consume el cumplimiento de los acuerdos que ya se habían alcanzado; por último, y especialmente importante, que la parte que rompe el acuerdo pretenda introducir en la negociación oportunidades o extremos que ya fueron perdidos por las partes, precisamente al cursar en esa negociación, y que no son compatibles con la misma, o hacer valer pretensiones o circunstancias que ya le eran conocidas al tiempo de iniciarse la negociación, no se habiendo modificado⁶⁹⁵ durante el curso de la negociación⁶⁹⁶. Por consiguiente, fuera de los casos de

⁶⁹⁴ Carrasco Perera (en CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, cit., págs. 132-134) parece referirse sólo a este caso, quizás porque la ruptura de negociaciones sea el supuesto que mayor relevancia práctica ha tenido.

⁶⁹⁵ Si, por ejemplo, el precio de partida en la negociación era meramente indicativo, no actúa de mala fe el vendedor que, en el curso de la negociación y como consecuencia de la subida de valor de los activos, pide luego un precio más alto.

⁶⁹⁶ La circunstancia que venimos exponiendo es especialmente notoria en el supuesto de la modificación de una oferta: si un oferente rechaza la contraoferta que le hace la otra parte, puede

una negociación sostenida por razones puramente oportunistas⁶⁹⁷, no puede seguir manteniéndose, contra lo que hoy es común, que existe fundamento de responsabilidad civil cuando se rompe una negociación «sin un motivo serio». La mala fe no se localiza en el hecho de la ruptura, sino en la omisión de advertir a la otra parte de la existencia de circunstancias que dificultan el éxito de la negociación, cuando esta parte no contaba con ellas.⁶⁹⁸ En estos supuestos, las partes saldrían del círculo de los deberes puramente negativos de los contactos extracontractuales, habiendo que aplicar a la propia diligencia necesaria para evitar el acaecimiento de daños una o más condiciones adicionales que definieran la ilicitud de la conducta, que sólo pueden fundarse en el deber de actuar según la buena fe.

d) La responsabilidad postcontractual

§ 16.º Si determinar cuál es el momento en el que comienza la vida del contrato plantea evidentes problemas de calificación, estos no faltan tampoco a la hora de decidir en qué momento expira la eficacia del contrato⁶⁹⁹.

refinar su oferta, pero no puede retractarse de su oferta original e insistir en términos más favorables para él.

⁶⁹⁷ Para evitar que la otra parte negocie con un tercero, para obtener información de la empresa rival, etc.

⁶⁹⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, cit., págs. 132-134, ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, cit., págs. 859 y sigs., ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La Culpa In Contrahendo*, cit., CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, cit., págs. 747-788, GARCÍA RUBIO, M. P., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, cit., MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, cit., págs. 687-748, MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, cit., págs. 979-1010, MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, cit., págs. 79-106, y VALÉS DUQUE, P., “La Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, cit., págs. 713-748.

⁶⁹⁹ Véase el caso de defraudación de la propiedad intelectual, en consecuencia de una editorial haber editado más ejemplares de los que se habían hecho constar en el contrato de edición, resuelto por la S.T.S. de 14 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5326), que Bercovitz comenta de la siguiente forma: «si los ejemplares no incluidos en el contrato de coedición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados, entonces creo que nos encontraríamos en el supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes»

Efectivamente, después de la extinción del contrato, puede prolongarse la necesidad de la observancia de ciertas condiciones para que se mantenga la satisfacción del interés del acreedor o no resulten daños para la otra parte. El principio de la buena fe impone que, después del cumplimiento, el deudor no venga a retirar o a reducir considerablemente los beneficios que el cumplimiento ha proporcionado al acreedor⁷⁰⁰. En el supuesto de que lo haga, se justifica que sea responsabilizado por los daños sufridos por la otra parte, debido a lo que se denomina culpa *post pactum finitum*, mediante la cual se debe responsabilizar una de las partes, después de la extinción del contrato, por los daños causados en consecuencia de comportamientos que le serían impedidos por la buena fe.⁷⁰¹

§ 17.º Así, si con el contrato ha sido creada una situación de confianza entre las partes, en caso de que una de ellas frustre la confianza de la otra, la extinción del vínculo contractual no impide que sea responsabilizada. El fundamento de esta responsabilidad reside en la violación de los deberes accesorios impuestos por la buena fe⁷⁰², vigentes entre las partes⁷⁰³, que deberán subsistir aun después de la extinción del contrato. Así, por ejemplo, el químico, que es contratado por una empresa y hace uso de la fórmula secreta conocida en el trabajo que desarrollaba anteriormente para otra empresa (siempre que en el contrato con ésta no se contuviese ninguna estipulación prohibitiva al respecto), viola el deber de lealtad; o el arrendador de un despacho

(en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de autor. Contrato de edición. Defraudación de la propiedad intelectual. Doctrina de los actos propios. Responsabilidad contractual y extracontractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 3, 1983, págs. 993-1000).

⁷⁰⁰ En los términos del art. 1258 del C.C. español, los contratos «obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (...)».

⁷⁰¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 377-378..

⁷⁰² En el ordenamiento portugués, una vez que no existe ninguna norma jurídica expresa, la fundamentación positiva de los deberes postcontractuales resulta del art. 762.2 del respectivo C.C., donde consta el principio general según el cual «en el cumplimiento de la obligación, así como en el ejercicio del derecho correspondiente, las partes deben proceder de buena fe».

⁷⁰³ Véase, a este respecto, el anterior § 11.º del presente capítulo.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de abogados que no revela el nuevo domicilio de estos abogados a sus clientes, después de la extinción del arrendamiento, viola el deber de información.⁷⁰⁴

§ 18.º La cuestión de la calificación de la responsabilidad postcontractual es simétrica a la de la responsabilidad precontractual: para unos, se trata de una responsabilidad de carácter contractual⁷⁰⁵; para otros, mientras no haya contrato o desde el instante en que ya no haya contrato⁷⁰⁶, la responsabilidad que se

⁷⁰⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II – *Direito das Obrigações*, Tomo IV – *Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 77 y sigs..

⁷⁰⁵ Esta posición se encuentra muy bien ilustrada en JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 139: el obligado a la entrega de la cosa quedará liberado si se da un caso de imposibilidad sobrevenida, pero ha de notificar oportunamente al acreedor esta eventualidad liberatoria para que pueda procurarse un cumplimiento sustitutivo rápido que le evite los perjuicios de una espera infructuosa; de no ser así, incurrirá en responsabilidad por incumplir un elemental deber, llamándolo «postcontractual», que se determinará con arreglo a las normas contractuales.

⁷⁰⁶ Un ejemplo demostrativo de esta dicotomía lo proporcionan ciertos casos conocidos por algunas sentencias del T.S., cuyos presupuestos fácticos tenían un denominador común: se trataba de contratos de compraventa con cláusula penal en la que se estipulaba que, en caso de impago del precio, quedaría resuelto el contrato y el vendedor tendría derecho a retener una parte de las cantidades entregadas por el comprador. La cuestión que se plantea es si, una vez resuelto el contrato, el lucro cesante que se reclama tiene su origen en un incumplimiento del contrato o, por el contrario, han de considerarse perjuicios ajenos a la relación contractual. Por un lado, se entiende que ese perjuicio deriva efectivamente de un incumplimiento del contrato - como sucedió en la S.T.S. de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4087), donde se considera que «se produce una voluntad manifiesta de incumplimiento del comprador, revelada por la suspensión en el pago del precio adeudado», declarándose «procedente la indemnización consistente en la retención de la parte del precio correspondiente a la compraventa que ya fue abonado». Por otro, se defiende que, una vez resuelto el contrato, queda extinguida la relación contractual entre las partes, de manera que los perjuicios derivados de aquella ocupación serían de naturaleza extracontractual - como ocurrió en la S.T.S. de 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9900), donde se juzga que «proceden dos responsabilidades distintas: a) la dimanante de la compraventa incumplida y resuelta y b) la proveniente de la demora arbitraria en el desalojo del chalé objeto de aquella venta fallida. La cláusula resolutoria concebida en los términos contenidos en el contrato de compraventa de que se trata, comporta y supone ciertamente una pena convencional. Pero ésta, aun cuando debe ser entendida como absorbente y anticipadora de la indemnización de daños y perjuicios, al actuar como previa liquidación de los mismos (y no cumulativa o adicional con carácter rigurosamente penal o punitivo), ello no significa que todos los perjuicios producidos a la otra parte puedan entenderse absorbidos indefinidamente y más allá de lo que resulte del incumplimiento contractual propiamente dicho, pues lo contrario supondría que el incumplido contumaz y avisado tendría en sus manos la posibilidad de vaciar de contenido y efectos la previsión cautelar de la propia cláusula sancionada, al poder aquél, a su arbitrio y de forma unilateral, retrasar el desalojo efectivo del inmueble, continuando su ocupación de mala fe hasta considerarse compensado de las cantidades perdidas por aplicación de la cláusula contractual pactada».

origine con ocasión de un contrato futuro o pasado será extracontractual⁷⁰⁷. Un tercer sector⁷⁰⁸ considera que la responsabilidad postcontractual no remite para las modalidades tradicionales de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual, sino que se encuadra en el ámbito de la llamada “Tercera Vía” de la responsabilidad civil, existente entre ambas⁷⁰⁹.

§ 19.º En nuestra opinión, hablar de responsabilidad precontractual, postcontractual o paracontractual y de los deberes accesorios o condiciones adicionales impuestos por la buena fe constituyen algunos de los problemas que mejor aconsejan al tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil. Entendemos que, para resolver la cuestión planteada por la existencia de estas “zonas nublosas” entre las dos esferas de la responsabilidad, debería de haber un régimen jurídico común a toda responsabilidad civil, en vez de crearse doctrinalmente una nueva categoría de responsabilidad (la denominada “Tercera Vía”). De hecho, la responsabilidad civil es dualista en su régimen normativo, pero unitaria por naturaleza jurídica: lo que está en causa tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual es la inobservancia del deber de «no causar daño a los demás», en la primera por contravención de una obligación previamente constituida y en la segunda a través de la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos. Adicionalmente, resulta absurdo que, para pedir la indemnización por unos mismos daños, sea diferente el régimen normativo según se considere que su origen es contractual o extracontractual; contando, además, con la situación de inseguridad jurídica que genera el hecho de que no exista una línea doctrinal y jurisprudencial homogénea sobre la materia.

⁷⁰⁷ Tal como defiende Yzquierdo Tolsada, aunque afirme también que se inclina a pensar que, cuando el art. 1258 del C.C. español establece que los contratos «obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (...)», la expresión “todas las consecuencias” incluye aquellas que nazcan con posterioridad a la relación entre las partes – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 115 y sigs..

⁷⁰⁸ Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., pág. 378].

⁷⁰⁹ Véanse, a respecto de la “Tercera Vía”, los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

2. Que el contrato sea válido

§ 20.º Para que se pueda hablar de responsabilidad contractual, no basta con que exista un contrato o relación obligatoria previa entre el perjudicado y el causante del daño. Se precisa que el contrato o negocio jurídico celebrado sea válido. La consecuencia general de la invalidez, provenga ella de la concurrencia de una causa de nulidad o sea consecuencia de una causa de anulabilidad, es la de considerar no nacidas las obligaciones previstas y producidas sin causa las atribuciones patrimoniales que hubieran podido operarse. Sin embargo, esta ausencia de efectos jurídicos se refiere a los que el contrato o negocio jurídico estaría llamado a tener en caso de ser válido⁷¹⁰, pero nada impide que se desplieguen otras consecuencias diferentes, entre las que se destaca la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios procedentes de la llamada culpa *in contrahendo*⁷¹¹. En este sentido, habrá que distinguir entre las pretensiones impugnatorias del contrato o negocio jurídico, sometidas a su propio plazo⁷¹², de las pretensiones indemnizatorias que quepa ejercitar para devolver al contratante perjudicado, no a la posición en la que estaría si el contrato fuera válido, sino a la que ostentaría si no hubiese contratado (es lo que se llama interés contractual negativo o interés de confianza).⁷¹³

§ 21.º En caso de que el motivo de la invalidez se encuentre en la conducta de un tercero, nominadamente de un tercero que provoque el vicio de

⁷¹⁰ Así está construido el régimen de los arts. 1300 y sigs. del C.C. español y de los arts. 285 y sigs. del C.C. portugués.

⁷¹¹ Véase, a este respecto, el apartado c) La responsabilidad precontractual, del anterior punto 1. Que exista un contrato previo, del presente capítulo.

⁷¹² En el caso de tratarse de contrato o negocio jurídico anulable, el plazo es de cuatro años, en el ordenamiento español (en los términos del art. 1301 del respectivo C.C.), y de un año, en el ordenamiento portugués (en los términos del art. 287 del correspondiente C.C.). Si se trata de contrato o negocio jurídico radicalmente nulo, no tiene plazo en el ordenamiento portugués (según el art. 286 del mismo cuerpo legal), mientras que el plazo es de cinco años en el ordenamiento español (por aplicación del art. 1964.2 de su C.C.).

⁷¹³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 117 y sigs..

nulidad del consentimiento (en el supuesto de la modificación del texto del contrato por el notario autorizante, por ejemplo), su responsabilidad será claramente de carácter extracontractual. Pero si el contrato o negocio jurídico deviene inválido como problema *inter partes*, sobre todo en caso de nulidad (designadamente, por dolo), la cuestión ya es más controvertida. Un sector doctrinal entiende que la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad hace con que el daño sólo pueda ser calificado de extracontractual (siendo el plazo de prescripción de la responsabilidad de un año, en el caso español⁷¹⁴, y de tres años, en el caso portugués⁷¹⁵), ya que el ordenamiento jurídico trata el contrato o negocio jurídico como si no hubiera existido⁷¹⁶. No obstante, otro sector doctrinal que sigue a Ihering⁷¹⁷ considera que el daño causado tiene carácter contractual⁷¹⁸ (siendo el plazo de prescripción de la responsabilidad de cinco años, en el caso español⁷¹⁹, y de veinte años, en el caso portugués⁷²⁰), por entender que conducta contractual ha habido, aunque inválida.⁷²¹

§ 22.º El supuesto de la invalidez *inter partes* del contrato o negocio jurídico, sobre todo en caso de nulidad, constituye otro de los problemas que, en nuestro entendimiento, aconseja al tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil. De hecho, la responsabilidad civil es dualista en su régimen normativo, pero unitaria por naturaleza jurídica: lo que está en causa tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual es la

⁷¹⁴ Según el art. 1968.2.º del respectivo C.C..

⁷¹⁵ En los términos del art. 498 de su C.C..

⁷¹⁶ Pero el resultado es muy incierto, pues el perjudicado que conoce el vicio podrá ejercitar la acción desde ese momento, pudiendo ocurrir que cuando ésta se inicie la acción indemnizatoria haya prescrito ya.

⁷¹⁷ Como hemos visto en el anterior § 11.º de este mismo capítulo, la indemnización por los daños que causa un contrato inválido constituyó el banco de pruebas sobre el que el maestro alemán argumentó su teoría sobre la culpa *in contrahendo*.

⁷¹⁸ Sin duda que la rigidez del sistema de tipicidad alemán de los daños extracontractuales resarcibles, en el que no entran los daños primariamente patrimoniales, sino apenas los derechos subjetivos absolutos, estuvo en la base de la argumentación de Ihering, que prefería incardinar las soluciones alrededor de la órbita contractual.

⁷¹⁹ Tal y como previsto en el art. 1964.2 del respectivo C.C..

⁷²⁰ En los términos del plazo ordinario de prescripción de las obligaciones del art. 309 de su C.C..

⁷²¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 117 y sigs..

inobservancia del deber de «no causar daño a los demás», en la primera por contravención de una obligación previamente constituida y en la segunda a través de la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos. Adicionalmente, resulta absurdo que, para pedir la indemnización por unos mismos daños, sea diferente el régimen normativo según se considere que su origen es contractual o extracontractual; contando, además, con la situación de inseguridad jurídica que genera el hecho de que no exista una línea doctrinal y jurisprudencial homogénea sobre la materia.

3. Que el contrato vincule al responsable con el perjudicado

§ 23.º Para que el régimen común de la responsabilidad extracontractual quede reemplazado por el específico de la responsabilidad contractual, no sólo es necesario que exista un contrato o negocio jurídico previo y que éste sea válido, sino también que vincule efectivamente al responsable con el perjudicado. Así, si una de las partes contratantes ve, con ocasión del contrato o negocio jurídico, comprometida su responsabilidad con un tercero, éste solamente podrá fundamentar la eventual reclamación al amparo de las normas extracontractuales, como consecuencia del principio de relatividad del contrato^{722.723} Sin embargo, hay que observar más detenidamente la responsabilidad de los contratantes para con terceros y *viceversa*. Veámoslas a continuación:

⁷²² Que resulta del art. 1257 del C.C. español y del art. 406 del C.C. portugués.

⁷²³ Véase, a este respecto, YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 118 y sigs..

a) Responsabilidad de los contratantes para con terceros

i. Contratos con estipulación en favor de tercero y con eficacia de protección a terceros

§ 24.º A pesar del principio de relatividad del contrato, los propios artículos 1257 del C.C. español y 406 del C.C. portugués (en ambos, en el párrafo 2) prevén la posibilidad de que el contrato contenga una estipulación en favor de tercero. En este caso, no cabe duda de que el tercero beneficiario está asimilado a un contratante y, como tal, exigirá la responsabilidad por el incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato⁷²⁴.

§ 25.º Sin embargo, en la situación que la doctrina denomina “contrato con eficacia de protección a terceros”, el tercero no forma parte de la relación contractual, pero, si su posición se encuentra próxima a la del contratante (auxiliar de cumplimiento)⁷²⁵, los deberes accesorios impuestos por la buena fe que rigen entre las partes⁷²⁶ se pueden extender a la tutela del tercero. Esta situación ocurrirá cuando el tercero presente una posición próxima con la del acreedor que justifique la extensión de la órbita de protección del contrato con relación a él, de modo que su violación le permitirá reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁷²⁷. Todavía, no estamos en este caso ante un

⁷²⁴ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 118.

⁷²⁵ Sobre los causahabientes de uno de los contratantes, véanse los siguientes §§ 29.º y 30.º de este mismo capítulo.

⁷²⁶ Véase, a este respecto, el anterior § 11.º del presente capítulo.

⁷²⁷ Muy representativa, en la jurisprudencia alemana, sobre esta materia, es la sentencia del B.G.H. de 25-04-1976 (en *NJW* 1956, págs. 1193-1194), en un caso en que un proveedor entregó una máquina industrial sin prestar informaciones sobre los riesgos de su utilización, causando ésta daño, no al acreedor, sino a su dependiente que trabajaba con ella. En este caso, se admitió que el dependiente pudiese reclamar directamente del proveedor una indemnización por daños y perjuicios. Más recientemente, en otro caso en que el material de dos clientes había sido colocado simultáneamente en un horno, uno de ellos infringe las normas específicas de seguridad, causando una explosión que dañó el horno y el material allí colocado por el otro cliente. Aquí, la sentencia del B.G.H. de 02-07-1996 (en *JZ* 1997, págs. 358-362) consideró que la responsabilidad del cliente ante el dueño del horno era contractual, siendo aquél igualmente responsable por los daños causados al otro cliente, por tratarse de un contrato con eficacia de protección para terceros.

verdadero contrato en favor de tercero, ya que el tercero no adquiere ningún derecho subjetivo previsto en el contrato⁷²⁸, siendo solo tutelado por los deberes accesorios impuestos por la buena fe que sujetan a las partes, por lo que se coloca una vez más la cuestión sobre la calificación de la responsabilidad civil ante “estos” terceros: contractual o extracontractual⁷²⁹.

§ 26.º El caso del tercero que presenta una posición próxima con la del acreedor (auxiliar de cumplimiento) que justifica la extensión de la órbita de protección del contrato con relación a él, de modo que su violación le permitirá reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, constituye otro de los problemas que, a nuestro juicio, aconseja al tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil. Entendemos que, para resolver la cuestión planteada por la existencia de esta “zona nublosa” entre las dos esferas de la responsabilidad, debería de haber un régimen jurídico común a toda responsabilidad civil, en vez de crearse doctrinalmente una nueva categoría de responsabilidad (la denominada “Tercera Vía”). De hecho, la responsabilidad civil es dualista en su régimen normativo, pero unitaria por naturaleza jurídica: lo que está en causa tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual es la inobservancia del deber de «no causar daño a los demás», en la primera por contravención de una obligación previamente constituida y en la segunda a través de la violación de deberes

⁷²⁸ Desde un punto de vista técnico, sólo constituyen contratos en favor de tercero aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho subjetivo a un tercero que le permita exigir el cumplimiento de la promesa (de no ser así, el campo de aplicación de la figura sería absolutamente desmesurado, pues son inúmeros los supuestos en que determinadas cláusulas se vienen a insertar en un contrato con miras a beneficiar a terceros, pero que no por ello proporcionan a éstos la posibilidad de exigir el beneficio) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 118. El art. 443 del C.C. portugués estipula que puede una de las partes, por medio de contrato, asumir ante otra, que tenga en la promesa un interés digno de protección legal, la obligación de efectuar una prestación en favor de tercero.

⁷²⁹ Cfr. Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 379-380], defendiendo que este caso no remite para las modalidades tradicionales de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual, sino que se encuadra en el ámbito de la llamada “Tercera Vía” de la responsabilidad civil, existente entre ambas (véanse, a este respecto, los §§ 19.º y sigs. del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL).

genéricos de respeto por los derechos ajenos. Adicionalmente, resulta absurdo que, para pedir la indemnización por unos mismos daños, sea diferente el régimen normativo según se considere que su origen es contractual o extracontractual; contando, además, con la situación de inseguridad jurídica que genera el hecho de que no exista una línea doctrinal y jurisprudencial homogénea sobre la materia.

ii. Contratos en daño de tercero

§ 27.º En la situación inversa, no todo contrato que ocasiona un perjuicio a tercero o le coloca en una circunstancia desfavorable puede considerarse un contrato en daño de tercero, sino sólo aquellos en que la producción del daño sea consecuencia directa e inmediata del contrato, lesionando un interés digno de protección legal. En este supuesto, la responsabilidad tendrá normalmente carácter extracontractual⁷³⁰, ya se reclame de manera autónoma, ya sea acumulando la pretensión a una acción de nulidad en aquellos casos en que, existiendo connivencia entre las partes para ocasionar el daño al tercero por

⁷³⁰ En este ámbito, es reveladora la S.T.S. de 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6111), que puso fin al caso que tuvo «su origen en un contrato concertado entre don Raúl, padre de la actora y aquí recurrida (...), con la Compañía Telefónica Nacional de España (...), demandada y (...) recurrente», «a quien se referían los apellidos y nombre de la estipulación de publicidad contratada», «que (...) venía únicamente autorizada por la convención originaria para recibir la prestación establecida a su favor y sin que en forma alguna adquiriera el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor». «Lo que origina que la aquí actora a quien se referían los apellidos y nombre de la estipulación de publicidad contratada deduzca contra la compañía telefónica y otra entidad en su carácter de perjudicada por la ofensa al honor (...) la acción de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil novecientos dos del código civil, con la reiterada afirmación (...) de que era de pertinente aplicación la norma dicha al no haber sido parte en la convención determinante de la prestación por la compañía telefónica del servicio de publicidad». El Tribunal Supremo consideró que «la sentencia recurrida (que) se fundamentó en tal precepto sustantivo lo hizo correctamente, pues (...) la acción ejercitada por la actora fue la que origina la culpa extracontractual o aquiliana que el precepto que se supone infringido define y, por demás, (...) la actora no estará legitimada para exigir el cumplimiento de un contrato en el que no había sido parte». Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S. de 26 de abril de 1993 (RJ 1993, 2946), la S.T.S. de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989, 670) y la S.T.S. de 31 de enero de 1986 (RJ 1986, 443).

medio de la celebración del contrato, pueda calificarse éste como nulo por ilicitud de la causa⁷³¹.⁷³²

§ 28.º Distinto será el entendimiento sobre el tipo de responsabilidad en causa cuando la celebración de un contrato en daño de tercero suponga simultáneamente el incumplimiento de otro previo (por ejemplo, el incumplimiento de un pacto de exclusiva o el incumplimiento de la obligación de conservar la forma y sustancia por el usufructuario que contrata unas obras para demoler la vivienda objeto del usufructo, siempre que éste hubiera tenido origen contractual⁷³³). En este caso, la responsabilidad del contratante será calificada de contractual.⁷³⁴

iii. Causahabientes de uno de los contratantes

§ 29.º A pesar del principio de relatividad del contrato, los causahabientes de uno de los contratantes por título *mortis causa*⁷³⁵ deberán actuar como si del propio causante se tratara, del mismo modo que la víctima ejercita sus derechos contra los herederos del obligado (cfr. al art. 1257.1.º del C.C. español y a los arts. 406 y 2024 del C.C. portugués). Ello es consecuencia del principio por el cual, en la transmisión hereditaria, se comprenden las titularidades activas y pasivas, siempre que los derechos y obligaciones no sean intransmisibles (cfr. al art. 659 del C.C. y al art. 2025 del C.C. portugués). La aplicación de la normativa del contrato a los herederos de las partes plantea, en la práctica, el delicado

⁷³¹ Véase, a este respecto, el anterior § 20.º de este mismo capítulo.

⁷³² Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 119; y GULLÓN BALLESTEROS, A., “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, 1958, 2, págs. 111 y sigs..

⁷³³ Cfr. al art. 468 del C.C. español y al art. 1440 del C.C. portugués.

⁷³⁴ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 92.

⁷³⁵ Recuérdese que causahabiente, en sentido jurídico, es aquella persona física o jurídica que se ha sucedido o sustituido a otra en su derecho, por cualquier título jurídico. La sucesión o sustitución puede haberse producido por acto entre vivos (*inter vivos*) o por causa de muerte (*mortis causa*).

problema del fallecimiento de una persona que resulta del incumplimiento del contrato que ella misma celebró⁷³⁶. En este supuesto, una cosa será el daño que la muerte provoca en sus allegados *iure proprio* y otra los daños sufridos por el que luego murió, que ingresaron en su herencia y se transmitieron a los herederos *iure hereditatis*. Así, el daño moral o material que la muerte provoca directamente en el heredero del fallecido es un daño extracontractual, mientras que los daños materiales⁷³⁷ inflingidos en la persona del difunto entran en su herencia como daños derivados de contrato.⁷³⁸

§ 30.º En caso de que se trate de causahabientes que no lo sean por título *mortis causa*⁷³⁹, ¿puede el tercero, ajeno al contrato, fundar sobre el incumplimiento del mismo una acción de responsabilidad contractual?⁷⁴⁰ Para Yzquierdo Tolsada⁷⁴¹, la respuesta es afirmativa en la jurisprudencia española

⁷³⁶ Es el caso, por ejemplo, del viajero que fallece por la incompetencia del conductor o del paciente que muere de secuelas del incumplimiento negligente del contrato de servicios médicos.

⁷³⁷ Ejemplificadamente, los gastos clínicos del accidentado, reclamables al transportista.

⁷³⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 120.

⁷³⁹ El problema no se plantea cuando un tercero asume la posición de parte merced a un negocio de cesión de créditos o a un supuesto de subrogación legal: tanto una como otra transfieren al tercero, hasta entonces, el crédito con todos sus accesorios (cfr. a los arts. 1528 del C.C. español y 582.1 del C.C. portugués y a los arts. 1212 del C.C. español y 594 del C.C. portugués, respectivamente). Como nuevo acreedor que es, el tercero exigirá el cumplimiento del contrato o, en su caso, la responsabilidad por el incumplimiento. Tampoco se coloca cuando se nos presenta un caso de ejercicio de acción subrogatoria, pues los terceros actúan contra los deudores de su deudor en nombre de éste y para que cumplan con éste (se trata de la acción oblicua, no directa, del art. 1111 del C.C. español), siendo una cuestión de simple legitimación procesal. En cuanto a los subadquirentes de bienes o servicios defectuosos (donde se incluyen las viviendas), que no han contratado directamente con el productor del bien o prestador del servicio sino con un intermediario, el T.R.L.G.D.C.U. establece el régimen jurídico de la acción de reparación de los daños y perjuicios (en sus arts. 128 y sigs.), para reclamar la responsabilidad Civil por los daños causados, cuyo plazo único de prescripción y unificación de consecuencias dispensa al perjudicado tener que calificar la responsabilidad (Ref. BOE – A – 2007 – 20555).

⁷⁴⁰ Es bastante frecuente en caso de que un edificio, como consecuencia del defectuoso cumplimiento del contrato de obra, ocasione daños, no a quien contrató con la empresa constructora, sino a quien posteriormente compró la vivienda al cliente de ésta. Piénsese también en el ejemplo de un anfitrión de una fiesta que encarga la confección del menú a un restaurante y sus invitados sufren una intoxicación por causa del mal estado de uno de los platos. O el del propietario de un automóvil que contrata su reparación con un mecánico y, en el curso de la misma, vende el vehículo a un tercero, que comprueba que el mecánico lo ha destrozado cuando va a retirarlo.

⁷⁴¹ En YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 120 y sigs..

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de forma excepcional⁷⁴², con la condición de que deberá tratarse de terceros que, habiendo a su vez contratado con una de las partes del “contrato primitivo”, sufran las consecuencias del mal cumplimiento de éste⁷⁴³. Salvada tal condición, «únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros completamente extraños a los contratantes (...), el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta (...)»⁷⁴⁴. No se entiende esta posición, pues, si el propio art. 1257.1.º del C.C. español amplía el círculo del contrato tan sólo a los causahabientes de las partes por título *mortis causa*, y no lo hace a otros cualesquiera, la acción de indemnización por daños y perjuicios intentada por un tercero, ajeno al contrato, habría de fundarse en la responsabilidad extracontractual⁷⁴⁵.

⁷⁴² En el supuesto de la compra de suelos contaminados, no por el vendedor, sino por uno o alguno de los propietarios anteriores, se dictaron en España (en menos de dos meses) dos sentencias tan diferentes como la S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801) y la S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 162), siendo el mismo demandado en ambas: en la primera, se califica la responsabilidad como contractual y se condena a pagar al propietario los gastos de descontaminación; en la segunda, se desestima la demanda y se dice que, cuando se reclama por daños en la propia cosa vendida, la responsabilidad ha de regirse por las normas contractuales, pues no deja de tratarse de un comprador a quien los defectos en la cosa vendida le sirven para aducir el defectuoso cumplimiento de la compraventa (véase, con respecto a ello, PARRA LUCÁN, M. A., “Suelos contaminados: la responsabilidad civil del causante de la contaminación”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2011, n.º 3, págs. 6 y sigs.). La idea se vino a ratificar después por la S.T.S. de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709) y la S.T.S. de 10 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4947).

⁷⁴³ Lo que excluye la posibilidad de la acción contractual en el ejemplo propuesto de los invitados a la fiesta.

⁷⁴⁴ S.T.S. de 1 de abril de 1977 (RJ 1977, 1510), en un caso sobre vicios en la construcción de un edificio, en el que ha sido ejercitada acción directa contra el constructor por el comprador del piso no interviniente en el contrato de ejecución de obra.

⁷⁴⁵ Se queda fuera el caso de defectos de construcción en un edificio, que cuenta con una normativa especial (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, con última actualización publicada el 15/07/2015 – Ref. BOE–A–1999-21567), con carácter contractual en todo lo que se refiera al dueño y sus relaciones con los agentes de la edificación.

b) Responsabilidad de los terceros para con los contratantes

§ 31.º La calificación que ha de darse a la responsabilidad de los terceros para con los contratantes sólo podrá ser extracontractual. Cuando un tercero se inmiscuye en la esfera de derechos de crédito ajenos y provoca con su actuación el incumplimiento de un contrato, no podrá existir responsabilidad del deudor si la conducta del tercero ha sido necesaria y suficiente para la producción del daño al acreedor. En lo que se refiere al deudor, se rompe el nexo causal al tratarse de un caso fortuito⁷⁴⁶.

§ 32.º Cuestión distinta será la de saber cómo y frente a quién habrá de responder el tercero, para lo que es preciso distinguir según el tercero actúe como autor o como coautor del incumplimiento del contrato. En el primer supuesto, por ejemplo, si una persona ocasiona un accidente ferroviario y en consecuencia el médico que viajaba en el tren no puede llevar a cabo una operación quirúrgica, no habrá responsabilidad del facultativo para con el paciente que le contrató; pero el daño sufrido por el paciente no deberá tampoco ser resarcido por el tercero sino en la medida en que hubiera sido previsto tal resultado, pues sólo en esa medida el hecho que rompió el nexo causal y exoneró al deudor puede al mismo tiempo guardar relación de causalidad adecuada con un daño tan remoto o indirecto⁷⁴⁷, como es el ocasionado al acreedor. No obstante, la responsabilidad del tercero frente a uno o ambos contratantes tendrá siempre carácter extracontractual. En el segundo supuesto, cuando el tercero sea coautor del incumplimiento del contrato, como ocurre cada vez que se incumple un pacto de exclusiva⁷⁴⁸, la responsabilidad del tercero será

⁷⁴⁶ Véanse, a este respecto, el § 132.º y sigs. del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁷⁴⁷ Véase, a este respecto, el § 94.º del punto 4. El daño, perteneciente al cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁷⁴⁸ Es muy conocida la sentencia del T.S. español de 23 de marzo de 1921, en la que estaba en causa el hecho de la cantante Raquel Meller haber grabado con una compañía discográfica

extracontractual. Estamos ante un mismo hecho que genera ambos tipos de responsabilidad: la contractual del deudor que incumple el contrato por medio de la celebración de otro y la extracontractual del tercero⁷⁴⁹.

§ 33.º En la práctica, todo viene a resolverse por la vía de la acumulación de acciones⁷⁵⁰, pero, aún así, la existencia de tratamientos diferentes para lo que podría ser considerado una violación conjunta del contrato, como tal sometida a

cuando todavía estaba vigente el pacto de exclusiva con otra. Comoquiera que la primera compañía había dado a conocer por conducto notarial la existencia de la exclusiva a todas las demás, a la responsabilidad contractual de la cantante se unía la aquiliana de la segunda casa de discos.

⁷⁴⁹ Las relaciones jurídicas a que da lugar la moderna asistencia sanitaria y sus diferentes participantes (médicos, aseguradoras, clínicas y pacientes) nos ofrecen una rica casuística (véase, sobre ello, ARROYO ABAD, B., *La Responsabilidad Civil en el Marco de los Seguros de Asistencia Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2016). Existiendo un contrato entre el paciente y el Hospital, la S.T.S. de 14 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3719) defiende que el facultativo cuya responsabilidad por negligencia profesional se postulaba no deja de ser un auxiliar del Hospital, que constituye el único deudor contractual. Se declara la responsabilidad de éste, pero también se entiende prescrita la acción contra el médico, por ser extracontractual su responsabilidad y haber transcurrido más de un año entre el fallecimiento y la presentación de la demanda. Lo mismo sucede cuando exista un contrato con un asegurador de asistencia sanitaria: las clínicas contratadas por éste constituyen auxiliares del cumplimiento, por lo que, si se demanda solamente a ellas por la negligencia de sus facultativos (que, a su vez, actúan como los auxiliares del cumplimiento de las clínicas), el plazo de prescripción aplicable será el anual [cfr. a la S.T.S. de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 536)]. Asimismo, la responsabilidad civil del facultativo incluido en el cuadro médico del asegurador de asistencia sanitaria también será extracontractual, prescribiendo por el transcurso de un año, pues el contrato a quien vincula es al paciente con el asegurador [cfr. a la S.T.S. de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8027)]. En caso de que el seguro sea puramente de reembolso de lo pagado por el paciente al médico o/y al hospital (el llamado seguro de enfermedad), entonces la responsabilidad de éstos será contractual [cfr. a la S.T.S. de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 440), comentada en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Artículo 105 de la LCS. La modalidad de asistencia sanitaria suscrita determina, en caso de negligencia médica, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad dirigida frente al facultativo o clínica responsable”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2017, n.º 6, págs. 49 y sigs.]. Interesa también la situación del mutualista de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), en relación con las demandas que pretenda plantear contra las entidades de asistencia sanitaria contratadas por la Mutualidad (y no por el mutualista). La S.T.S. de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4225) declara prescrita la acción extracontractual y señala que, «aunque la actora tenía la facultad de elegir anualmente entidad de prestación de asistencia sanitaria, de entre las concertadas, e incluso de elegir entre los centros y cuadros médicos de la entidad elegida, ello no confiere a la relación naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico». Nada tiene que ver con el supuesto analizado la acción dirigida por el asegurado contra el asegurador, pues en tal caso se deberá aplicar el plazo de dos años previsto en el art. 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con última actualización publicada el 12/06/2018 (Ref. BOE-A-1980-22501).

⁷⁵⁰ Véase el apartado b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción, del punto 1. Concurrencia de pretensiones, perteneciente al cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

un único régimen de responsabilidad, ocasiona evidentes problemas. Por ello, no sorprende la polémica suscitada por lo que se ha dado en llamar “tutela aquiliana de los derechos de crédito”⁷⁵¹: ¿se encuentra legitimado el acreedor para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así derecho a un *plus* de protección? El principal argumento para sostener la admisibilidad de la tutela aquiliana por la lesión de un derecho de crédito, en la doctrina francesa, es el art. 1382 de su *Code Civil*, que consagra una cláusula general de responsabilidad civil, semejante a la de los arts. 1902 del C.C. español y 483.1 del C.C. portugués⁷⁵². Es necesario el acaecimiento de un daño cierto, resultado de una conducta culpable y antijurídica por parte del tercero que, teniendo conocimiento de la existencia del derecho de crédito, realiza una acción que perjudica los intereses de su titular. En estos casos, se suele considerar que el tercero, calificado de mala fe, contraviene el deber general de respeto por los derechos subjetivos ajenos, debiendo responder por el daño causado al acreedor lesionado según las reglas de la responsabilidad extracontractual⁷⁵³. Vattier Fuenzalida se muestra partidario de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoque el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer⁷⁵⁴. Por su parte, Yzquierdo Tolsada entiende que ese *plus* de protección se dará apenas cuando el tercero colabora en el incumplimiento y no cuando lo provoca de manera exclusiva, pues en tal supuesto, independientemente de la eventual responsabilidad en que el tercero pueda incurrir, lo que no habrá de

⁷⁵¹ Véase, a este respecto, el § 11.º del apartado b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción, del punto 1. Concurrencia de pretensiones, perteneciente al cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

⁷⁵² Véase, sobre ello, el § 3.º del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁷⁵³ En la doctrina española, véanse FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La Lesión Extracontractual del Crédito*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; y PÉREZ GARCÍA, M. J., *La Protección Aquiliana del Derecho de Crédito*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005.

⁷⁵⁴ Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., “La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 845 y sigs..

ningún modo es responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad por la intervención de aquél.⁷⁵⁵

4. Que el daño resulte del incumplimiento del contrato

§ 34.º El contrato o negocio jurídico válido que vinculaba a las partes ha de ocasionar un daño que sea resultado precisamente del incumplimiento de ese mismo contrato o negocio jurídico⁷⁵⁶. Sin embargo, este presupuesto, que puede ser hasta demasiado obvio, entraña enormes dificultades de precisión y constituye probablemente el punto que mejor demuestra la existencia de la llamada “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual⁷⁵⁷, que se verifica cuando un mismo hecho dañoso es susceptible de ser encuadrado en ambas esferas de responsabilidad civil. Veamos entonces los **supuestos fronterizos**:

a) Casos en los que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca

§ 35.º Piénsese, por ejemplo, en el caso de una disputa entre prestamista y prestatario que ocasiona daños a los contratantes o en el caso del mecánico

⁷⁵⁵ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 122 y sigs..

⁷⁵⁶ Así, por ejemplo, no será contractual el daño que experimenta el inquilino cuando le atropella por la calle su arrendador, pues en este caso actúa como peatón y no como arrendatario.

⁷⁵⁷ En España, es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1962, Tomo XLVI, págs. 831 y sigs., que presenta como ejemplo de caso fronterizo el del depositario que, intencionalmente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada, considerando que: «El depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...)».

que realiza mejoras en un automóvil y aprovecha para hurtar ciertos objetos de valor que había en el interior del mismo⁷⁵⁸. En casos como éstos, no cabe duda del carácter extracontractual del perjuicio, pues entre el contrato o negocio jurídico y el daño deberá existir una relación de causa a efecto que no sea puramente fáctica, es decir, no basta con comprobar que “sin el contrato el daño no se habría producido”, pues de otro modo no existirá relación de causalidad adecuada⁷⁵⁹. Por mucho que se admita que los contratos obligan a más de lo expresamente pactado (cfr. al art. 1258 del C.C. español), no pueden jamás llegar a extender sus consecuencias a bienes o derechos absolutamente extraños a la prestación.⁷⁶⁰

b) Casos en los que se incumple una obligación expresamente pactada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad

§ 36.º Estos casos suelen presentarse en sede de contrato de servicios profesionales, inicialmente en el terreno de la medicina. En la doctrina española, no son pocos los autores⁷⁶¹ que, avalada su opinión por una copiosa jurisprudencia⁷⁶², entienden que, aunque haya entre el médico y su paciente un contrato de servicios, cuando el incumplimiento del mismo traiga consigo la

⁷⁵⁸ Este último caso no se sirve de ejemplo si el contrato contenía obligación de custodia, como sucede en el contrato de garaje.

⁷⁵⁹ Véase, a este respecto, el § 101.º del punto 5. La relación o nexo causal entre el hecho y el daño, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁷⁶⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 124.

⁷⁶¹ En especial, Santos Briz (en SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, cit., 1981, pág. 715) y Puig Brutau (en PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 133).

⁷⁶² Véase, entre otras muchas, la S.T.S. de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1646), en un caso en el que la paciente falleció a consecuencia de la aplicación de una sobredosis de medicación por el médico demandado y condenado (actual recurrente), el cual «no fue todo lo diligente que las reglas de su profesión exigían» sobre todo en la administración de unos medicamentos que, por su peligrosidad, debían haber sido rigurosamente controlados», considerándose que «con ello, se incurre en la negligencia de la que surge la obligación de reparar el daño a que alude el artículo mil novecientos dos del Código Civil».

lesión de los derechos de la personalidad del paciente⁷⁶³, se justifica aplicar las reglas extracontractuales⁷⁶⁴. Se trata de lo que por veces se denomina como “responsabilidad extracontractual derivada de contrato”. El razonamiento viene a ser el siguiente: cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, no es que esté incumpliendo una obligación específica con el cliente, sino unos imperativos legales y profesionales que constituyen auténticos deberes de carácter general frente al público. Para la opinión contraria, la idea es recamblesca desde el punto de vista puramente técnico: poco importa que los deberes a que deban sujetarse los contratantes se encuentren expresamente previstos en el pacto o provengan de la ley, de los usos profesionales o de las reglas de deontología; si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible y las normas han de ser las contractuales, pues el contrato crea una situación particular, querida explícitamente, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares⁷⁶⁵. Según esta opinión, no es la naturaleza del bien infringido (material, moral o corporal) lo que decide si el daño es contractual o extracontractual, sino si existía entre agresor y víctima un contrato en cuyo círculo de previsiones, expresas o no, figuraba ese bien que ha sido dañado por el incumplimiento.⁷⁶⁶

§ 37.º Como en su momento ocurrió con los profesionales de la medicina, los profesionales del Derecho se han visto inmersos en la corriente cada vez más intensa de la responsabilidad civil. Hasta no hace mucho, las demandas de responsabilidad civil contra abogados, procuradores, notarios o registradores de

⁷⁶³ Véase, a este respecto, el § 93.º del punto 4. El daño del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁷⁶⁴ Por el hecho de que, normalmente, tales bienes no puedan ser objeto de contrato - cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 177.

⁷⁶⁵ De otro modo, no se entendería a qué queda reducida la labor de integración contractual prevista en el art. 1258 del C.C. español. Toda falta o insuficiencia de estipulaciones ha de verse completada imperativamente con la ampliación de lo pactado a todas las consecuencias que, según la naturaleza del convenio, «*sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*».

⁷⁶⁶ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 124 y sigs..

la propiedad podían considerarse como algo excepcional⁷⁶⁷. Hoy son cada vez más numerosos los pronunciamientos judiciales de responsabilidad contra estos profesionales, siendo seguramente los abogados los que padecen una creciente proliferación de acciones en demanda de reclamación de daños derivados de una práctica profesional negligente, normalmente en actividades judiciales.

§ 38.º La relación que une al abogado con su cliente puede ser de muy variada naturaleza, atendiendo al objeto de la obligación que asume. En el ejercicio libre de la profesión y, en particular, en su actividad como encargado de la dirección letrada de un pleito, normalmente se concibe como un contrato de prestación de servicios⁷⁶⁸, que en ocasiones se aproxima al contrato de mandato, sustentado en la buena fe y, sobre todo, en una relación de confianza entre abogado y cliente. Desde esta perspectiva, la obligación del abogado se encuadra dentro de la categoría de las obligaciones de medios, por lo que al profesional sólo se le puede exigir un comportamiento, no un resultado, y el incumplimiento de su obligación se producirá, no por la insatisfacción del cliente en cuanto al resultado obtenido, sino por el desarrollo de la actividad sin la diligencia requerida por la *lex artis*. Cuando la prestación del abogado consista en la realización de un trabajo cuya conclusión dependa de su exclusiva voluntad, tal como la redacción de determinados documentos (como informes, dictámenes, contratos, estatutos o constitución de sociedades), la relación

⁷⁶⁷ De la consulta de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del T.S., desde 1980, resulta que la primera que aborda la cuestión es la S.T.S. de 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6379), la cual curiosamente conoció de una reclamación de un tercero ajeno a la relación contractual del abogado con su cliente. Pero no fue sino hasta la S.T.S. de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735) que se estimó por primera vez una demanda de reclamación de daños ejercitada contra un abogado por su cliente.

⁷⁶⁸ Como tal contrato de servicios, cae dentro del ámbito de aplicación del T.R.L.G.D.C.U., particularmente en el régimen especial de responsabilidad de su art. 148. Tal régimen especial de responsabilidad ha servido al T.S. español para objetivar la responsabilidad de los servicios médicos, lo que todavía no ha llegado a los abogados, aunque las mismas razones que las esgrimidas para hacer objetivamente responsables a los médicos avalan su aplicación al colectivo de letrados y, en general, a todos los prestadores de servicios [alude a ello la S.T.S. de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3171), pero sin aplicarla por considerar que no existieron los daños reclamados].

contractual que une al abogado con su cliente debe calificarse como contrato de obra, siendo la obligación del abogado una obligación de resultado.⁷⁶⁹

§ 39.º Cuando al abogado se le encomienda la defensa en la vía jurisdiccional de determinados intereses particulares, la jurisprudencia española propone la inclusión de esta relación contractual dentro de los márgenes del contrato de arrendamiento de servicios⁷⁷⁰, regulado en los artículos 1583 a 1587 del respectivo C.C.⁷⁷¹. La inclusión de tal relación contractual en el marco del contrato de arrendamiento de servicios tiene como principal problema lo desfasado y anticuado de la regulación de este tipo contractual, dado que el referido Código Civil regula el régimen jurídico de este contrato en cinco artículos, de los cuales tan sólo el primero y el último se encuentran actualmente en vigor, puesto que el resto han sido derogados tácitamente por la Constitución y por la normativa laboral promulgada tras la entrada en vigor de la misma⁷⁷².

§ 40.º La insuficiencia de la regulación del vigente contrato de arrendamiento de servicios, para dar respuesta a los múltiples problemas derivados de la actividad de los profesionales liberales, ha llevado a un sector de la doctrina española a defender la aplicación –bien directamente o bien por analogía– del régimen jurídico de otros tipos contractuales cercanos al

⁷⁶⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, M. A., “Responsabilidad de profesionales del Derecho”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 444-449.

⁷⁷⁰ De igual forma, son identificados como arrendamiento de servicios los denominados contratos de consulting o asesoramiento profesional, en los que el consejo constituye la prestación principal del letrado [la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado la actividad de asesoramiento jurídico como de arrendamiento de servicios, por ejemplo, en la S.T.S. de 15 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1982)].

⁷⁷¹ Entre otras, en la S.T.S. de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013), la S.T.S. de 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098), la S.T.S. de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) y la S.T.S. de 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003).

⁷⁷² Cfr. TORRES LANA, J. A., “Comentario al artículo 1587 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1174; CORDERO LOBATO, E., “Notas al proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, núm. 79, pág. 877; CRESPO MORA, M. C., “La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial”, cit., págs. 263-264; a la S.T.S. de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651) y a la S.T.S. de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372).

arrendamiento de servicios, como es el caso del contrato de mandato, por ejemplo. Del mismo modo, se ha incluido bajo los márgenes del contrato de mandato la gestión de ciertos actos jurídicos que habitualmente es encomendada a los abogados (v. gr., administrar, enajenar, adquirir)⁷⁷³. Ahora bien, pese a que en el siglo pasado tal posición encontró cierta acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las sentencias del alto tribunal ya no contemplan esta alternativa por sí sola, debido, probablemente, a que el carácter naturalmente gratuito del contrato de mandato⁷⁷⁴ choca frontalmente con la actividad de los abogados, generalmente retribuida.⁷⁷⁵ Por su parte, Vaquero Pinto⁷⁷⁶ propuso la sistematización del arrendamiento de servicios como tipo general de los contratos de servicios. Su regulación debería, por lo tanto, contener las normas comunes a todos los contratos de servicios. Junto a este tipo contractual que podríamos denominar común, estarían otros tipos contractuales especiales que, por sus intrínsecas características, merecen una regulación específica y diferenciada, según la autora, entre los que se encuentran el contrato de obra y el de mandato. En la actualidad, se entiende que la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión, que la jurisprudencia

⁷⁷³ Consideran que los servicios de los profesionales liberales pueden ubicarse dentro del contrato de mandato, entre otros, ALONSO PÉREZ, M. T., *Los Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 162 y sigs.; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La Prestación de Servicios Profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 93; y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 98. Frente a ellos, consideran aplicables los preceptos del mandato, cumpliendo una función integradora o por analogía, LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pág. 44; y SERRA RODRÍGUEZ, A., *La Relación de Servicios del Abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 172-174.

⁷⁷⁴ El carácter naturalmente gratuito del contrato de mandato aparece consagrado en el artículo 1711 del C.C.. Según el citado precepto, «a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a la que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo».

⁷⁷⁵ Cfr. CRESPO MORA, M. C., “La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial”, cit., pág. 264.

⁷⁷⁶ En VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Edit. Comares, Granada, 2005.

construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato⁷⁷⁷.

§ 41.º Además del contrato de arrendamiento de servicios, la variedad de prestaciones que puede comprometer el letrado ha obligado a la jurisprudencia a aplicar la regulación de otros modelos contractuales. Así, determinadas actuaciones extrajudiciales del letrado, como la emisión de dictámenes jurídicos o la elaboración o redacción de ciertos documentos (los estatutos de una asociación o sociedad, un contrato, unas capitulaciones matrimoniales, etc.), han sido calificadas por el Tribunal Supremo⁷⁷⁸ como contrato de arrendamiento de obra.⁷⁷⁹

§ 42.º Cualquiera que sea el deber de prestación principal del abogado (actividad judicial o extrajudicial), la adecuada ejecución del mismo exigirá el cumplimiento de otros deberes de prestación accesorios⁷⁸⁰. El problema es que, en la práctica, estas prestaciones no suelen encontrarse previamente delimitadas en el contrato de servicios concertado con el profesional y ninguna de las normas reguladoras de la profesión en España⁷⁸¹ recoge un listado completo de todas las obligaciones accesorias que acompañan a la práctica de la abogacía. Al tratarse de deberes que no se encuentran expresamente previstos en el contrato, la doctrina española se ha cuestionado si el daño que

⁷⁷⁷ Cfr. a las S.S.T.S. de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532), de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115), de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8621), de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787), de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442) y de 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 61).

⁷⁷⁸ Entre otras, en las S.S.T.S. de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587) y 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372), que consideran que la elaboración de un dictamen constituye un arrendamiento de obra.

⁷⁷⁹ Cfr. CRESPO MORA, M. C., "La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial", cit., pág. 265.

⁷⁸⁰ Constituyen estos deberes accesorios el deber de información para con el cliente, el deber de no revelar los secretos confiados por el cliente, el deber de seguir las instrucciones del cliente y, por último, el deber de custodia de toda la documentación entregada por el cliente.

⁷⁸¹ El art. 42 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, con última actualización publicada el 13/10/2003 (Ref. BOE-A-2001-13270), o los arts. 5 y 12 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, el 6 de marzo de 2019.

experimenta el cliente como consecuencia de su contravención ha de situarse en el ámbito de la responsabilidad contractual (regulada en los artículos 1101 y siguientes del C.C.) o, por el contrario, en el de la responsabilidad extracontractual (contemplada en el artículo 1902 del C.C.). Pese a que las diferencias de régimen jurídico entre estos dos tipos de responsabilidades han sido difuminadas por la jurisprudencia, la existencia de un diferente plazo de prescripción para su exigencia (de un año para la responsabilidad extracontractual, ex artículo 1968.2 del C.C., y de cinco para la contractual, ex artículo 1964.2 del C.C.) hace que la presente cuestión tenga importantes consecuencias jurídicas en la práctica. Para la mayoría de los autores españoles, los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios son deberes contractuales, por lo que su incumplimiento dañoso desencadenará responsabilidad contractual⁷⁸².

c) Casos en los que el daño se produce por el incumplimiento de una prestación accesoria ligada a la naturaleza del contrato

§ 43.º Como hemos dicho, el contenido del contrato va mucho más allá de las estipulaciones establecidas por las partes: una cosa son los deberes de prestación a los que están inequívocamente obligadas las partes, y que salvaguardan el interés primario del acreedor; y otra son los deberes de protección frente al daño que se pueda producir, en un interés creditorio distinto de la prestación⁷⁸³. Tan autónomos son unos como otros, que pueden funcionar

⁷⁸² Apuestan claramente por la responsabilidad contractual PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al Art. 1902", *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1977; CARRASCO PERERA, A., "Comentario al artículo 1101 del Código Civil", en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 383; y Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 265. Cfr. CRESPO MORA, M. C., "La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial", cit., págs. 265 y sigs..

⁷⁸³ La casuística es amplísima: en relación con el contrato de transporte, la compañía de transportes no sólo se obliga a la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros; en el campo de las actividades profesionales, el principio de la

independientemente, hasta el punto de poder ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha y, no obstante, haya dejado de observar estos deberes accesorios de protección^{784, 785}

§ 44.º En los casos en los que, mediando una previa relación contractual entre las partes, una de ellas sufre daños de naturaleza corporal, moral o patrimonial, como consecuencia del incumplimiento por la otra de alguna de las obligaciones derivadas directa o indirectamente del contrato⁷⁸⁶, el problema consiste en dilucidar si los daños son consecuencia específica del incumplimiento contractual (esto es, si una de las obligaciones del contrato era cabalmente la de no causar el tipo de daño efectivamente verificado) o, por el contrario, si el contrato tan sólo ha servido de mero antecedente causal al acaecimiento de un daño cuyo deber de evitar escapa a la estricta órbita contractual. Se tratan de supuestos en los que, al lado de la obligación «positiva»

buena fe asegura al cliente que el profesional no sólo se compromete a cumplir sus deberes puramente técnicos, sino también a tenerle informado, no violar el secreto profesional, no enriquecerse a sus expensas, evitarle perjuicios al resolver el contrato, etc.; en virtud del contrato de trabajo, el empresario se encuentra obligado a adoptar las precauciones necesarias para que los accidentes no se produzcan; y, de igual forma, se afirma la existencia de obligaciones de seguridad en cuanto a la persona en los contratos de enseñanza celebrados con centros escolares y similares, en los celebrados con empresarios de clubs deportivos o con ferias, zoológicos y parques de atracciones, en el contrato de hospedaje, en el de hospitalización e, incluso, en el de compraventa, respecto de los daños que el uso o consumo de la cosa adquirida pueda producir al comprador, y también, en cuanto a los bienes, en los contratos de arrendamiento, comodato y depósito.

⁷⁸⁴ Sobre los deberes de protección, véanse MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 150 y sigs.; VINEY, G., "Les obligations. La Responsabilité: conditions", cit., págs. 597 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, cit., págs. 141 y sigs.; y VÁZQUEZ FERREYRA, R., *La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil*, Edit. Juris, Rosario, 1987; entre otros. Véase, además, lo que se dice sobre los deberes accesorios impuestos por la buena fe, en el anterior § 11.º del apartado c) La responsabilidad precontractual, perteneciente al punto 1. Que exista un contrato previo, del presente capítulo.

⁷⁸⁵ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 126 y sigs..

⁷⁸⁶ Cuya adscripción a la contravención contractual o a la responsabilidad extracontractual no está clara [sirva como ejemplo, entre los muchos que hay, el caso de la S.T.S. de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8678), en el que estaba en causa el fallecimiento del inquilino por electrocución en un piso arrendado, debido al defectuoso estado del frigorífico de la vivienda, imputable tanto al arrendador como al arrendatario].

de ejecutar exactamente la prestación, se encuentra la obligación genérica «negativa» que recae sobre toda persona de no causar daño a otro.⁷⁸⁷

§ 45.º Ha sido con la sentencia de 9 de marzo de 1983⁷⁸⁸ que el Tribunal Supremo español comenzó a utilizar la teoría de la rigurosa órbita de lo pactado, según la cual «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial».

§ 46.º A juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial, hasta hace pocos años, la teoría de la obligación de seguridad no ha estado llamada a tener mucho éxito en España⁷⁸⁹, pues no se daba al artículo 1258 del respectivo C.C. todo el juego que merece. Se comprende que sea así, ya que si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una prestación claramente pactada se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a los bienes de la personalidad⁷⁹⁰, con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una obligación accesoria no expresamente pactada.⁷⁹¹

§ 47.º La circunstancia de que muchos de los daños producidos no sean de los que necesariamente se deriven del incumplimiento del contrato ha llevado a afirmar que la “zona mixta” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual se ceñiría a obligaciones accesorias derivadas de la relación contractual. El hecho de que la concurrencia entre ambas responsabilidades se admita casi siempre que los bienes lesionados son la vida

⁷⁸⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 175.

⁷⁸⁸ En la que estaba en causa el fallecimiento de un obrero como consecuencia de la falta de medidas de seguridad por parte del empresario para el que trabajaba (RJ 1983, 1463).

⁷⁸⁹ Al contrario de lo que sucede en Portugal.

⁷⁹⁰ Véase, a este respecto, el anterior § 36.º del presente capítulo.

⁷⁹¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 126 y sigs..

y la integridad física (en menor medida, la propiedad) llevaría a circunscribir esa “zona mixta” a las llamadas obligaciones de seguridad, protección o cuidado, en el entendimiento de que estas obligaciones no constituirían propiamente la obligación principal del contrato, sino una obligación accesoria o un deber genérico paracontractual de protección que, en definitiva, no pertenece al núcleo de la nombrada «rigurosa órbita de lo pactado». Pese a que el daño resultante de la obligación de custodia o seguridad debería considerarse como contractual, si la lesión afecta a bienes como la vida o la integridad física, la responsabilidad extracontractual deberá concurrir siempre que los perjuicios causados fueran igualmente indemnizables sin contrato.⁷⁹² Lo que sucede es que no puede decirse, por ejemplo, que el llevar a un pasajero a su destino sea la obligación principal del contrato de transporte y que llegue con vida o sin menoscabo de su integridad física constituya una obligación accesoria. Esto último no es, en realidad, una obligación nacida del contrato, sino un deber genérico impuesto por un principio general del Derecho. Sin embargo, como quiera que sobre el transportista pese también la obligación de adoptar las necesarias medidas de seguridad para el cumplimiento de la específica obligación contractual, la concurrencia de ambos deberes da pie a la duda de si, derivándose el daño del incumplimiento del primero, sin incumplimiento del segundo, estaríamos ante una responsabilidad exclusivamente extracontractual (de carácter objetivo) y si,

⁷⁹² Véase la S.T.S. de 15 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7822) que ha dado carta de naturaleza extracontractual a la responsabilidad dimanante de los daños personales a los viajeros.

siendo su causa el incumplimiento del segundo, lo estaríamos ante una de naturaleza contractual^{793, 794}.

§ 48.º No obstante, en alguna ocasión encontramos sentencias en la jurisprudencia española en las que se considera que la aplicación de los factores de integración del contrato, previstos en el referido artículo 1258 del C.C., determina que no sea necesario recurrir a las normas extracontractuales, calificando en estos casos la responsabilidad como contractual⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Dada la configuración del contrato de transporte, en el que el porteador no sólo está obligado al traslado de la mercancía o de los pasajeros, sino que asume la obligación (no menos principal) de la custodia de los efectos transportados (o, más propiamente para el caso de los viajeros, la obligación de seguridad), la responsabilidad del transportista, tanto por inejecución o defectuosa ejecución del transporte en sí como por los daños que ocasione a los efectos transportados o a los pasajeros, tendría naturaleza contractual. La doctrina es prácticamente unánime al calificar de contractual a la obligación de seguridad del transportista, apuntando que el deber de velar por la integridad del pasajero y de sus efectos es, además, una obligación de resultado. Ello implica, por tanto, que la concurrencia del daño determinaría el incumplimiento de dicha obligación y, por consiguiente, la responsabilidad del transportista, salvo que éste pruebe que el incumplimiento se debe a causa a él no imputable [cfr. ÁLVAREZ LATA, N., y BUSTOS MORENO, Y., “Responsabilidad Civil en el Ámbito del Transporte y Navegación Aérea”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 996 y sigs.; HUALDE MANSO, T., *EL Transporte de Viajeros por Carretera. Régimen de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 142 y sigs.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los Deberes de Protección del Deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 299 y sigs.; y QUINTANA CARLO, I., *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, págs. 107-108]. En contra, considera la responsabilidad del transportista aéreo internacional de carácter extracontractual DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad extracontractual de las compañías aéreas en caso de accidentes: su regulación en las normas comunitarias”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 207-226.

⁷⁹⁴ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 176-177. Similar reflexión en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 126 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, cit., págs. 552-553.

⁷⁹⁵ Tal es el caso de la S.T.S. de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), donde se puede leer que «en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (artículos séptimo, primero y mil doscientos cincuenta y ocho del Código Civil)». Así como de la S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2226), que considera que «El motivo no puede ser estimado, por cuanto de las afirmaciones fácticas que el pronunciamiento judicial combatido pone de relieve resulta que las obligaciones asumidas por Baqueira Beret, S.A. y aceptadas por sus clientes no se circunscribían como aquella entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle

V – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

§ 1.º Por muy atendibles que sean las razones que fundamentan la convergencia entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, como pone de relieve Ángel Yagüez⁷⁹⁶, lo cierto es que la ley atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa⁷⁹⁷. Las formalidades que distinguen los regímenes que las gobiernan, recuerda Pascual Estevill⁷⁹⁸, inciden en el fondo de ambos institutos, si bien responden a una misma finalidad reparatoria⁷⁹⁹. No obstante,

puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas, lo que determina que la naturaleza de la convención imponía a Baqueira Beret, S.A. las consecuencias que en orden a la información sobre el estado de las pistas de nieve a los que usaran de sus medios mecánicos de transporte le imponía la sentencia recurrida que, por consiguiente, aplicó rectamente el precepto del Código Civil cuya infracción se acusa en el motivo (Art. 1258)». Más recientemente, el art. 1258 del C.C. es aplicado por la S.T.S. de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8132) y la S.T.S. de 24 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6061), ambas sobre casos de agresión en el Metro, en las que se entiende que la compañía de Metro se encuentra contractualmente obligada a proporcionar seguridad a sus usuarios y no sólo transporte, respondiendo también contractualmente la empresa de seguridad contratada para ello, por incumplir su obligación accesoria, aunque constituya un auxiliar del deudor.

⁷⁹⁶ En *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 10.

⁷⁹⁷ La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español matizadamente ha dejado establecido que «son netamente diferenciables los regímenes de las responsabilidades contractuales y extracontractuales y de preferente aplicación "Íter partes" esta última; condensándose las diferencias caracterizadoras de los respectivos regímenes, principalmente en su distinto origen; en la capacidad del sujeto responsable; en el grado de la culpa; en el contenido del deber de indemnizar; en las cláusulas de regulación; en el diferente plazo preceptivo; en la competencia, en la pluralidad de deudores y en el carácter de solidaridad que es propio de las nacidas fuera del contrato; habiéndose precisado en cuanto a la diferencia por el origen de que se sigue la aplicabilidad de uno u otro régimen, que la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedentes entre las partes, fuera del deber generado y común a todos los hombres del "alterum non laedere", mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato» [cfr. a la S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250)].

⁷⁹⁸ En "La Responsabilidad Contractual y la Extracontractual, Aquiliana o Delictual" (publicado en *La Ley*, Núm. 4, Año 1991, Madrid, pág. 1166), donde defiende que los mecanismos jurídicos que presiden la acción resarcitoria parten de presupuestos heterogéneos.

⁷⁹⁹ La misma S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250) admite que «existan puntos de coincidencia por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que, cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de derecho

también es cierto que esas diferencias de régimen normativo vienen interpretándose restrictivamente, con una marcada tendencia a la unicidad, como ha advertido la doctrina.

§ 2.º Por su origen y naturaleza jurídica, se suele alegar que el deber de indemnizar con motivo de la infracción de un contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la relación preexistente; mientras que, en cambio, cuando la indemnización deriva de un hecho ilícito, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño⁸⁰⁰. Sin embargo, como señala Trigo Represas⁸⁰¹, si para que exista responsabilidad extracontractual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley y para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación resultante de un contrato, cabe concluir que las llamadas responsabilidades contractual y extracontractual tienen idéntica naturaleza jurídica y no se justifica, desde este punto de vista, la pretendida dualidad de sistemas. Por tanto, es recomendable la unificación de los dos regímenes normativos del resarcimiento.

§ 3.º En cuanto a los criterios de imputación del hecho al responsable, la culpa constituye, en ambos regímenes, factor suficiente de atribución de responsabilidad⁸⁰². En este campo, se dice que una diferencia, siquiera relativa, se basa en el grado de culpa exigible: se incurre en responsabilidad

y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el artículo 1106 del Código Civil, originando esa común finalidad reparadora unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribuibilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir».

⁸⁰⁰ Véanse, a este respecto, el § 9.º y sigs. del punto 1. Responsabilidad civil: delimitación y clases, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁸⁰¹ En “Unificación de la Responsabilidad por Daños”, inserido en TRIGO REPRESAS, F. A. y STIGLITZ, R. (Directores), *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 76-77.

⁸⁰² Véase, a este respecto, el apartado a) Criterio subjetivo: culpabilidad, perteneciente al punto 3. El criterio de imputación del hecho al responsable, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

extracontractual, aunque se trate de culpa levísima, mientras que para la contractual se exige al menos culpa leve⁸⁰³.

§ 4.º En el terreno extracontractual, la culpa es criterio general de responsabilidad, como señala Cavanillas Múgica⁸⁰⁴, en lo que coincide con Blanco Gómez⁸⁰⁵. Así se deduce del artículo 1902 del C.C. español, según el cual «*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*», y resalta del artículo 483 del C.C. portugués, cuyo apartado 2 establece expresamente que «*sólo existe obligación de indemnizar independientemente de culpa en los casos especificados en la ley*». La opinión de Cavanillas Múgica, sobre el papel desempeñado por la culpa en uno u otro régimen de responsabilidad, es que también aquella genera responsabilidad en sede contractual, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1103 del C.C. español (y en el artículo 798 del C.C. portugués); pues, excepto en los casos en que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, los contratantes excluyen la responsabilidad por culpa, también en materia contractual la culpa es criterio general de responsabilidad. Así lo expresa el citado artículo 1103, al estipular que «*la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en todas las obligaciones*», motivo por el cual la culpa constituye criterio suficiente para la imputación de la responsabilidad en ambos regímenes – concluye Cavanillas Múgica.

§ 5.º La culpa contractual viene definida en el artículo 1104 del C.C. español con relación tanto a un criterio uniforme o *standard*, la diligencia de un «buen padre de familia», como en relación a ciertos factores que conceden a ese *standard* culposo un margen de adaptación, que no son otros que la naturaleza

⁸⁰³ Cfr. SANTOS BRIZ, J., *Derecho de Daños*, cit., pág. 137.

⁸⁰⁴ En “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, insertado en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 21.

⁸⁰⁵ Cfr. *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso. Problemática en Derecho Sustantivo Español*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 32.

de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como señala Cavanillas Múgica. La culpa extracontractual, en cambio, no tiene definición en su sede del referido C.C., salvo en lo que el artículo 1903 del mismo cuerpo legal contiene de referencia a la diligencia de un «buen padre de familia», como destaca con acierto el mencionado autor. Laguna que, no obstante, el Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de completar con la aplicación del citado artículo 1104, lo que conduce, en principio, a considerar que responsabilidad contractual y extracontractual emplean un mismo concepto de culpa⁸⁰⁶. En el ordenamiento jurídico portugués, sucede al revés: la apreciación de la culpa viene definida en sede extracontractual, en conformidad con la «*diligencia de un buen padre de familia, de cara a las circunstancias de cada caso*» (según el artículo 487.2 del respectivo C.C.); mientras que, en el ámbito contractual, se remite esta materia para la responsabilidad extracontractual (cfr. al artículo 799.2 del mismo C.C.).

§ 6.º Acerca de la carga de la prueba de la culpa, es corriente ver en este punto una diferencia entre ambos regímenes normativos de responsabilidad Civil, estimándose que en el contractual compete la carga exoneratoria al deudor demandado, mientras que en el extracontractual incumbe la carga probatoria al dañado demandante, por el juego respectivo de los artículos 1214 y 1183 del C.C. español⁸⁰⁷ y de los artículos 799.1 y 487.1 del C.C. portugués⁸⁰⁸. Sin

⁸⁰⁶ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., págs. 22-23.

⁸⁰⁷ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso*, cit., pág. 33.

⁸⁰⁸ En el ordenamiento jurídico portugués, por regla general, existe una presunción de culpa en la responsabilidad contractual (cfr. al art. 799.1); lo que no ocurre en la responsabilidad extracontractual (cfr. al art. 487.1), aunque varias normas referentes a esta última establezcan presunciones de culpabilidad (arts. 491, 492.1, 493 y 503.3). En la práctica, esta diferencia se encuentra bastante atenuada, dado que, en la responsabilidad extracontractual, basta con la prueba *prima facie* basada en un criterio de normalidad y, en caso de violación contractual, se presume la culpa teniendo el acreedor que probar apenas el incumplimiento. Así, en ambos escenarios, cabe al perjudicado la prueba del hecho, por lo que la diferencia reside en la forma de determinación de la culpa. – Cfr. ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 74.

embargo, es fácilmente constatable que, en materia de responsabilidad extracontractual, la supuesta regla de la atribución al demandante de la carga probatoria de la culpa del causante del daño demandado ha sido invertida por la jurisprudencia española. Con todo, por lo que respecta a este tipo de responsabilidad, parece un hecho innegable que la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba se presenta como regla de aplicación general en sede extracontractual, excepción hecha de obligaciones contraídas en servicios profesionales, sobre todo de carácter liberal. Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual, no se discute que al acreedor le corresponderá o no la carga probatoria en función de que se esté ante un cumplimiento defectuoso o ante un incumplimiento definitivo⁸⁰⁹. Si se trata de un cumplimiento defectuoso, es decir, si la prestación realizada no es plenamente satisfactoria para el acreedor, la atribución de la carga de la prueba corresponderá al acreedor, que deberá acreditar el defecto o el daño. En realidad, el artículo 1183 del C.C. español permite cierta presunción de culpa sólo en caso de incumplimiento de una obligación de dar. En este caso estamos ante obligaciones de resultado y el acreedor sólo deberá probar la no consecución del mismo, mientras que en las obligaciones de medios ha de probar además la falta de diligencia o culpa del deudor. Si se trata de un incumplimiento definitivo, bastará generalmente con que el acreedor acredite que es titular de un crédito vencido y exigible. Tocaría al demandado probar que el daño se debe a causa que no le resulte imputable, lo que coincide con el régimen general de la prueba en materia extracontractual.⁸¹⁰

§ 7.º En lo que concierne a la capacidad del obligado, aún no constituyendo todos sus aspectos una cuestión pacífica en la doctrina, se suele

⁸⁰⁹ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso*, cit., págs. 34-35.

⁸¹⁰ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., "La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)", en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., págs. 24-25.

establecer una contraposición entre uno y otro régimen, diciendo que para contraer responsabilidad contractual se requiere lógicamente tener capacidad para contratar, en los términos generales (artículo 1263 del C.C. español y artículos 123, 127, 139 y 156 del C.C. portugués), mientras que la responsabilidad extracontractual puede surgir de actos de los menores o de los discapaces (cfr. al artículo 1903 del C.C. español y al artículo 488 del C.C. portugués⁸¹¹). La explicación de esta diferencia, para Yzquierdo Tolsada⁸¹², siguiendo a García Valdecasas, radica en que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre la conducta lícita y la ilícita. Por el contrario, Cavanillas Múgica⁸¹³ no ve acertada esta contraposición, considerando que incurre en un error de perspectiva, al confundir la capacidad necesaria para contraer obligaciones contractuales con la capacidad necesaria para incurrir en responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación validamente contraída. Según este autor, «mientras que celebrar un contrato es, claramente, un acto de autonomía, no lo son, en cambio, aquellas conductas consistentes en incumplir o cumplir defectuosamente la prestación comprometida o en perpetrar un ilícito extracontractual»⁸¹⁴.

§ 8.º Respecto a la responsabilidad contraída por los hechos de los dependientes, la responsabilidad extracontractual específica que establece el artículo 1903 del C.C. español introduce la existencia de una presunción legal de culpa, que sólo cesa si se prueba que el responsable empleó «*toda la diligencia*

⁸¹¹ El Derecho portugués establece, acerca de la responsabilidad extracontractual, una regla general de capacidad, es decir, de imputabilidad (art. 488.1), presumiendo apenas su ausencia en los menores de siete años y en los interdictos por anomalía psíquica (art. 488.2).

⁸¹² En *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Vol. I, Editorial Reus, Madrid, 1993, pág. 86.

⁸¹³ En “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, inserido en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., págs. 47-48.

⁸¹⁴ Opinión compartida por BLANCO GÓMEZ [en *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso*, cit., pág. 36].

de un buen padre de familia para prevenir el daño», pero le ha exigido tal rigor a esa prueba el Tribunal Supremo que la ha convertido prácticamente en una responsabilidad cuasiobjetiva. La única limitación que se pone a ese rigor es la necesidad de que exista una relación de dependencia entre el causante del daño y el responsable demandado, requisito de difícil apreciación y de admisión nada pacífica en el régimen contractual. En el régimen jurídico contractual, también se responde de los daños causados por los dependientes del deudor, siendo la responsabilidad de éste de carácter contractual y directa (no vicaria). El deudor no responde por otro, aun en el supuesto de que el incumplimiento lo haya originado un auxiliar, ya que su responsabilidad se debe a su condición de deudor y a la utilización de los medios inapropiados, entre ellos los auxiliares. No obstante, es tan extensible esta responsabilidad a cualesquiera personas en relación directa o mediata con el deudor y con incidencia en el incumplimiento de la obligación, que hace que se pueda ver en este campo una diferencia de trato entre ambos regímenes de responsabilidad. Por lo demás, así como la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente admite, en principio, la posibilidad de exoneración por parte del principal si demuestra que fue empleada por él la debida diligencia (cfr. al referido artículo 1903), la responsabilidad del deudor contractual es incondicionada, aunque también en este aspecto las diferencias de régimen se van acortando, en abono de la incursión del régimen contractual al aquiliano que se verifica cada vez más.⁸¹⁵ En el ordenamiento jurídico portugués, el deudor es directa y plenamente responsable por los hechos de sus auxiliares y representantes legales, en la responsabilidad contractual (artículo 800.1 del respectivo C.C.); mientras que, en la responsabilidad extracontractual, se exige que exista una relación de subordinación o dependencia entre el principal y el auxiliar, respondiendo apenas el primero en caso de que sobre el segundo recaiga también el deber de indemnizar (artículo 500 del mismo cuerpo legal).

⁸¹⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso*, cit., pág. 37.

§ 9.º Relativamente a la pluralidad de responsables, en el Derecho español, hay que partir del artículo 1137 del respectivo C.C., según el cual «*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.*» Cuando se produzca la concurrencia aludida, se presume *iuris tantum* que el crédito o la deuda no son solidarios: ningún acreedor podrá exigir el pago de todo el crédito, tal como ningún deudor podrá ser compelido a pagar toda la deuda, a menos que la solidaridad sea pactada⁸¹⁶. Este precepto está situado entre las disposiciones comunes a todo tipo de obligaciones, por lo que cabe pensar si la interdicción de la regla de solidaridad es predicable tanto de las obligaciones contractuales como de las extracontractuales. Esto se aplica a toda suerte de obligación, contractual o extracontractual, salvo que para un caso o sector determinado se haya establecido una norma legal contraria⁸¹⁷. Ahora bien, aunque *de lege lata* las cosas deberían ser así, lo cierto es que *de iure condendo* la jurisprudencia española superó esta norma de no presunción de solidaridad, de forma que puede decirse que, en la actualidad, el art. 1137 del C.C. ha perdido vigencia debido a una jurisprudencia *contra legem* que ya se ha convertido en fuente supletoria del Derecho, con el respaldo o sin él del art. 1.3 de su C.C.. Hace ya tiempo, la jurisprudencia⁸¹⁸ sostuvo que la solidaridad no requería el empleo del término expreso «solidaridad» en el contrato y que bastaba una «intención evidente», que los tribunales infieren de las más difusas circunstancias, como el carácter conjunto del negocio explotado por los deudores⁸¹⁹, el «contexto» de la

⁸¹⁶ La responsabilidad solidaria en condiciones generales de los contratos financieros es una cláusula habitual.

⁸¹⁷ Cfr. a los arts. 1731 y 1748 C.C. o 113, 132, 162 T.R.L.G.D.C.U., por ejemplo.

⁸¹⁸ Véase, por toda, la S.T.S. de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7450).

⁸¹⁹ No así la jurisprudencia social, que no estima superada la presunción del art. 1137 C.C. por el hecho de que los diversos responsables pertenezcan a un mismo grupo societario [cfr. a la S.T.S. (Sala de lo Social) de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233)].

obligación, la indivisibilidad del deber lesionado, la comunidad jurídica de objetivos, la «estimulación de la garantía» del acreedor o la falta de precisión de cuotas de reparto entre los codeudores⁸²⁰. Luego, advino la doctrina según la cual la regla de no presunción no se aplicaría a las concurrencias en la producción de daño extracontractual⁸²¹. En este punto de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia maneja diversos y concurrentes tropos, de manera que la solidaridad procede si no se puede deslindar la responsabilidad individual de cada copartícipe, o cuando se da una «diversidad de conductas culposas»⁸²² o si se trata de una concurrencia o concatenación de culpas⁸²³; con el resultado perverso de que se condena solidariamente tanto cuando se produce una situación de incertidumbre causal [como la del art. 17.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación(L.O.E.)⁸²⁴] como si se constata que los varios dañantes concurren independientemente y de modo suficiente para producir el daño o si resulta que la producción del daño injusto es la suma resultante de los aportes causales acumulados de diversos actores. Según la jurisprudencia, tampoco opera la regla de exclusión cuando se trata de deuda derivada de cobro de lo indebido o de enriquecimiento injusto⁸²⁵, aunque si en la deuda de alimentos⁸²⁶. Además, desde antiguo se considera solidaria la concurrencia de responsabilidades entre el autor del daño y su asegurador de responsabilidad civil⁸²⁷.⁸²⁸ Con todo lo dicho, se puede observar la diferencia entre el régimen contractual y el extracontractual, en este punto de pluralidad de responsables, dado que la regla es la mancomunidad en el ámbito contractual (cfr. al artículo 1137) y la solidaridad en el extracontractual, aunque haya sido virtualmente

⁸²⁰ Véase, sobre esto último, la S.T.S. de 3 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6382).

⁸²¹ Véase, entre otras muchas, la S.T.S. de 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 207).

⁸²² Véase la S.T.S. de 20 de julio de 1992 (RJ 1992, 6438).

⁸²³ Véase la S.T.S. de 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9817).

⁸²⁴ Con última actualización publicada el 09/30/2020 (Ref. BOE – A – 3006 – 7899).

⁸²⁵ Véase la S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4471).

⁸²⁶ Véase la S.T.S. de 12 de abril de 1994 (RJ 1994, 2789).

⁸²⁷ Véase la S.T.S. de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1647).

⁸²⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 1137 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 8364-8365.

superada por la práctica jurisprudencial, con la interpretación del art. 1137 conducente a plantear numerosos casos de responsabilidad contractual solidaria, en el ordenamiento jurídico español. En el Derecho portugués, el régimen de la pluralidad pasiva es el de la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, sea ella responsabilidad por culpa o por riesgo (artículos 497 y 507 del correspondiente C.C.); al contrario de lo que sucede en la responsabilidad contractual, excepto en caso de que la propia obligación violada tuviese naturaleza solidaria (cfr. al artículo 513 del mismo texto legal).

§ 10.º Asimismo, es tradicional mencionar la distinta extensión del resarcimiento como una de las diferencias de régimen entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En el Derecho español, la cuestión de la extensión del *quantum* indemnizatorio está directamente relacionada con el alcance que se da a los artículos 1107 y 1103 de su C.C.. Por lo que se refiere a este último, se discuten las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual que puede plantear el precepto, pues se duda si la moderación judicial en el resarcimiento será extensible a la responsabilidad extracontractual y si le alcanza al contractual la reducción del *quantum* indemnizatorio, basada en la concurrencia de “culpa de la víctima”, que la jurisprudencia española aplica en sede extracontractual a través del citado artículo 1103⁸²⁹. En cuanto al artículo 1107, según Blanco Gómez⁸³⁰, no deberá existir obstáculo alguno para que también en las obligaciones extracontractuales se atienda, a la hora de señalar la cuantía de la indemnización, al grado de conducta dolosa o culposa observada por el responsable. En este sentido, Yzquierdo Tolsada⁸³¹ pone de manifiesto que, cualquiera que sea la intensidad de la culpa o negligencia (artículo 1089), se incurre en responsabilidad integral

⁸²⁹ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., pág. 38.

⁸³⁰ En *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 38.

⁸³¹ En *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Vol. I, cit., pág. 86.

por todo el daño causado, por lo que no debería existir en sede aquiliana la limitación de responsabilidad a los daños previstos o que hubieran podido preverse (artículo 1107); ni debería, por tanto, haber diferencias en este particular entre ambos regímenes de responsabilidad, que existen en la práctica, pero sin autorización legal. Por el contrario, ha visto tal distinción en el propio sistema legal Sánchez Vázquez⁸³², para el cual la reparación ha de ser íntegra, tratándose de culpa aquiliana, y limitada a los daños y perjuicios previstos o previsibles al tiempo de constituirse la obligación (artículo 1107), en la contractual. Alega como justificación de esa diferencia de régimen que la responsabilidad contractual requiere para su surgimiento una obligación preexistente, en cuyo cumplimiento se haya omitido por el deudor la diligencia que se le había exigido en el programa de prestación establecido por las partes, de tal forma que el referido artículo 1107 tan sólo es aplicable a las obligaciones contractuales, ya que en los contratos las partes se obligan respecto a un objeto determinado, limitando sus cálculos a lo que pueden normalmente prever. Nos parece que Sánchez Vázquez lleva la razón, pues el art. 1107 (pár. 1.º), al prever que los daños y perjuicios por los que responde el deudor «*son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*», tan sólo podrá ser aplicable a la responsabilidad contractual, pues sólo ésta tiene como presupuesto la constitución de una relación obligatoria previa entre el dañante y el dañado, que atribuye a este último un derecho de crédito que ha quedado insatisfecho, mientras que, en la responsabilidad extracontractual, ninguna relación obligatoria previa conecta el responsable al perjudicado o, preexistiendo ésta, el daño se halla por completo ajeno al ámbito que le es propio. Así, la limitación de la responsabilidad a los daños previstos o que hubieran podido preverse (cfr. al artículo 1107, pár. 1.º) sólo podrá ser aplicable en el ámbito contractual; ya lo mismo no deberá suceder en sede aquiliana, en la cual la reparación ha de ser íntegra. Cuanto al artículo 1103 del C.C. español, que

⁸³² En “La Denominada Acumulación de Responsabilidad Contractual y Aquiliana”, publicado en *Rev. de Derecho Privado*, Tomo LVI, Año 1972, pág. 972.

establece que «*La responsabilidad que proceda de negligencia (...) podrá moderarse por los Tribunales según los casos*», permite al juez aminorar o reducir equitativamente la indemnización debida por el deudor culposo (nunca por el doloso), atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso. Así, las circunstancias del caso (y no la intensidad de la culpa) pueden aconsejar que el juez condene a menor *quantum* resarcitorio que el que resulte de la cuantificación operada desde el artículo 1107, pár. 1.º, del mismo texto legal⁸³³. En el ordenamiento jurídico portugués, la posibilidad de gradación equitativa de la indemnización, en caso de mera culpa del dañante, apenas está prevista en el Código Civil para la responsabilidad extracontractual (artículo 494), incluso fundada en el riesgo (artículo 499), desde que el grado de culpabilidad del agente, la situación económica de éste y del perjudicado y las demás circunstancias del caso lo justifiquen (de acorde con el referido artículo 494)⁸³⁴. Para gran parte de la doctrina, este artículo 494 del C.C. (así como el artículo 496) no debe ser considerado extensivo a la responsabilidad contractual, pues no está de acorde con las legítimas expectativas del contratante perjudicado⁸³⁵.

⁸³³ Según Pantaleón Prieto [en PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, cit., págs. 1038 y sigs.], como en el art. 1107 se establece un régimen de imputación de consecuencias que depende, en los casos de incumplimiento no doloso (pár. 1.º), de lo que las partes previeron o pudieron prever en el momento de constituir la obligación, puede ocurrir que los eventos dañosos previstos sean, en realidad, de una cuantía muy superior a la que razonablemente previeron o pudieron prever. Ante ese error de cálculo, si terminan luego apareciendo esos daños en cuantía superior a la prevista, en efecto, tendrían que ser íntegramente indemnizados, de no ser porque existe el art. 1103, que actúa entonces como lenitivo del art. 1107, solamente para tales casos.

⁸³⁴ Tal como sucede con la indemnización por daños no patrimoniales (cfr. al art. 496).

⁸³⁵ Cfr. Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 913-914), Almeida Costa (en ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 544) y Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 394). Con la opinión contraria, Pessoa Jorge (en PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., págs. 365 y sigs.) y Romano Martínez (en ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 74).

§ 11.º Está admitido por la doctrina⁸³⁶ y por la jurisprudencia⁸³⁷ españolas que, si bien el daño extrapatrimonial moral⁸³⁸ no se encuentra específicamente nominado en el respectivo Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado», que emplea su artículo 1902, cláusula general de responsabilidad prevista en sede aquiliana⁸³⁹, constituyendo *communis opinio* que el daño moral es igualmente resarcible en sede contractual, por lo que ésta no parece ser una diferencia entre los dos regímenes de responsabilidad. Cuando el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada (v. gr., la del cirujano de intervenir con diligencia) o tiene su encaje en las obligaciones que, sin que nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman también parte de él (así, no violar el secreto profesional), como pone de relieve Yzquierdo Tolsada, no debe haber necesidad de escapar de la órbita contractual para pasar a demandar por la vía aquiliana: el contrato obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, pero también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (de acuerdo con las fórmulas de integración del art. 1258 del C.C.). Blanco Gómez conviene con Yzquierdo Tolsada, y bien, cuando

⁸³⁶ Véase, por toda, Díez-Picazo, L., *El Escándalo del Daño Moral*, Civitas, Madrid, 2008.

⁸³⁷ Véase la S.T.S. de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 4965).

⁸³⁸ Véase, sobre esta clasificación de daños, el § 88.º del punto 4. El daño, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁸³⁹ Suele hacerse referencia en la doctrina, como ejemplo de admisión del resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, a la ya mencionada S.T.S. de 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6111), que puso fin al caso que tuvo «su origen en un contrato concertado entre don Raúl, padre de la actora y aquí recurrida (...), con la Compañía Telefónica Nacional de España (...), demandada y (...) recurrente», «a quien se referían los apellidos y nombre de la estipulación de publicidad contratada», «que (...) venía únicamente autorizada por la convención originaria para recibir la prestación establecida a su favor y sin que en forma alguna adquiriera el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor». «Lo que origina que la aquí actora a quien se referían los apellidos y nombre de la estipulación de publicidad contratada deduzca contra la compañía telefónica y otra entidad en su carácter de perjudicada por la ofensa al honor (...) la acción de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil novecientos dos del código civil, con la reiterada afirmación (...) de que era de pertinente aplicación la norma dicha al no haber sido parte en la convención determinante de la prestación por la compañía telefónica del servicio de publicidad». El Tribunal Supremo consideró que «la sentencia recurrida (que) se fundamentó en tal precepto sustantivo lo hizo correctamente, pues (...) la acción ejercitada por la actora fue la que origina la culpa extracontractual o aquiliana que el precepto que se supone infringido define y, por demás, (...) la actora no estará legitimada para exigir el cumplimiento de un contrato en el que no había sido parte».

estima que no sólo es resarcible el daño moral contractual, sino que para obtener el resarcimiento deberían ser más que suficientes las normas contractuales, puesto que, desaparecidos los obstáculos para la resarcibilidad del daño moral extracontractual, no deben permanecer los que pudiera haber para entender indemnizable el contractual. Distinción esta, además, que no autorizan ni el artículo 1101 ni el artículo 1105 del C.C. español.⁸⁴⁰ Semejante daño moral sólo será extracontractual, como afirma Yzquierdo Tolsada, si no fuera posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron serlo. Al recaer sobre bienes distintos de aquel que componía el objeto de la obligación asumida por el deudor⁸⁴¹, serán daños extrínsecos⁸⁴², pero no por ello necesariamente extracontractuales.⁸⁴³ En el ordenamiento jurídico portugués, el daño no patrimonial está expresamente previsto en el artículo 496 del respectivo C.C.. La gradación equitativa de la indemnización por daños no patrimoniales, de acorde con las circunstancias referidas en el artículo 494 del mismo texto legal (el grado de culpabilidad del agente, la situación económica de éste y del perjudicado y las demás circunstancias del caso), está estipulada para la responsabilidad extracontractual (cfr. al artículo 496.4), no debiendo ser considerada extensiva a la responsabilidad contractual, para gran parte de la doctrina⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 39-40.

⁸⁴¹ Constituye daño moral la humillación que sufre el cliente del hotel a quien se aloja en el cuarto de planchar, el que padece el dueño del piso por las molestias y el insomnio que le produce una calefacción ruidosa y que no funciona, así como el disgusto infligido a los novios cuando el servicio de banquetes contratado resulta ser pésimo (cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 434).

⁸⁴² Véase, sobre daños extrínsecos, el § 96.º del punto 4. El daño, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁸⁴³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 203.

⁸⁴⁴ Cfr. Antunes Varela (en ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, cit., págs. 913-914), Almeida Costa (en ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 544) y Menezes Cordeiro (en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., pág. 394). Con la opinión contraria, Pessoa Jorge (en PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, cit., págs. 365 y sigs.) y Romano Martínez (en ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações*, cit., pág. 74).

§ 12.º Sobre la necesidad de puesta en mora del responsable, debemos decir que, si en las obligaciones convencionales la mora existe desde la interpelación del acreedor, con la salvedad de los supuestos de mora automática⁸⁴⁵, en la responsabilidad extracontractual en principio la mora comienza desde el momento en que se comete el hecho ilícito dañoso⁸⁴⁶. Blanco Gómez coincide con Yzquierdo Tolsada al afirmar que el centro de la cuestión está en que el problema de la mora nada tiene que ver con las acciones de responsabilidad civil propiamente dichas: para que haya mora se requiere que sea todavía posible el cumplimiento de la obligación, mientras que, cuando se ha producido un daño y éste guarda relación causal con la conducta del agente y le es imputable, es innecesaria la interpelación, por la sencilla razón de que no hay mora, sino incumplimiento definitivo, exista o no contrato⁸⁴⁷. Según Trigo Represas⁸⁴⁸, esta supuesta diferencia tampoco es tal, pues si, en las obligaciones de no hacer, el deudor incurre en mora desde el mismo momento en que ejecuta el hecho del cual se debía abstener, sin necesidad de requerimiento alguno; dado que en los casos de responsabilidad extracontractual, en general, el deber cuya violación habrá de darle nacimiento a aquélla es un hecho negativo, es evidente que, como en cualquier obligación de no hacer, el deber de resarcir habrá de surgir con la violación de aquél, lo cual vuelve de por sí innecesaria la interpelación.

§ 13.º Cuestión distinta es el simple retraso no constitutivo de mora, en el que no ha mediado interpelación del acreedor, al no ser una situación de mora ex artículo 1100 del C.C. español, que se consideraría un caso de cumplimiento

⁸⁴⁵ En los términos del art. 1100 del C.C. español y del art. 805 del C.C. portugués.

⁸⁴⁶ En el ordenamiento jurídico portugués, se establece un régimen relativo a la mora del responsable exclusivo para la responsabilidad extracontractual, por culpa o por riesgo (en la segunda parte del art. 805.3 y en el art. 806.3 del C.C.), que no se aplica, por tanto, a la responsabilidad contractual.

⁸⁴⁷ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 41.

⁸⁴⁸ En "Unificación de la Responsabilidad por Daños", cit., págs. 77-78.

irregular o defectuoso⁸⁴⁹. Sin embargo, también se ha dicho que el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones no produce consecuencia jurídica alguna, ya que el deudor sigue obligado a cumplir, pero ni responde del caso fortuito ni ha de indemnizar daños: si el acreedor no reclama, el deudor no infringe el derecho de crédito. Blanco Gómez no comparte esta postura, que probablemente responde a la opinión mayoritaria, acompañando a Díez-Picazo cuando afirma que es la propia de una economía poco escrupulosa, donde la puntualidad, el tiempo o el ritmo de satisfacción de los derechos no juegan un papel relevante o no suscitan un interés vitalmente apreciable. También se manifiesta en sentido similar Yzquierdo Tolsada, que estima que parece que el tiempo haya de tener mucha mayor relevancia⁸⁵⁰. En nuestra opinión, aunque *de lege ferenda* las cosas deberían ser así, lo cierto es que *de lege lata* el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones no produce consecuencia jurídica alguna, desde que no haya mediado interpelación del acreedor: si éste no reclama, el derecho de crédito todavía ha quedado insatisfecho.

§ 14.º Es frecuente señalar las modificaciones convencionales de la responsabilidad como otro exponente de las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad civil, al contemplarse el juego de la autonomía de la voluntad, que permite a los contratantes modificar el régimen jurídico de la responsabilidad - lo que constituye, en definitiva, la específica distribución de riesgos hecha por las partes (cfr. al art. 1255 del CC español). En efecto, es admisible que, por acuerdo expreso o tácito, se renuncie anticipadamente a eventuales pretensiones de indemnización por daños⁸⁵¹, siempre que dicha renuncia no se

⁸⁴⁹ En tal sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 167.

⁸⁵⁰ En *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Vol. I, cit., pág. 178.

⁸⁵¹ En la práctica, son frecuentes tales acuerdos de “desafectación” o exclusión de responsabilidad, aun en forma tácita: en un garaje o taller de reparaciones de automóviles, habitualmente se encuentra colocado en lugar visible un aviso según el cual no se responde de los daños; en las estaciones y vagones del ferrocarril, se advierte muchas veces que la empresa declina su responsabilidad por los accidentes que sobrevengan si no se atiende a las instrucciones sobre el funcionamiento de las puertas automáticas; *etc.*.

oponga a una disposición de derecho necesaria⁸⁵². Cavanillas Múgica⁸⁵³ pone de relieve que la autonomía de la voluntad originará unas consecuencias diferenciadas para la responsabilidad contractual y para la extracontractual siempre que se estime que las estipulaciones contractuales referentes a la responsabilidad civil sólo alcanzan a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual. Dado que, en sede aquiliana, no existe convención previa, según Blanco Gómez, es posible extender los pactos de modificación de la responsabilidad cuando afecten a supuestos en los que se contemplen una cierta delimitación de los eventuales perjudicados por el hipotético hecho dañoso, como son ejemplo típico los relativos a los daños medio-ambientales⁸⁵⁴. Por otra parte, si pueden oponerse las causas de exoneración establecidas por la ley para casos de responsabilidad extracontractual y siendo el contrato ley entre las partes (cfr. al artículo 1091 del C.C. español), siempre que se admita en el concreto supuesto de hecho la validez de cláusulas contractuales limitativas, restrictivas o exoneradoras de responsabilidad, no ve Reglero Campos razones por las que no puedan ser igualmente opuestas las limitaciones convencionales de responsabilidad cuando se haya ejercitado y admitido la demanda por vía extracontractual⁸⁵⁵. El inconveniente de esta idea reside no sólo en el hecho de

⁸⁵² En el ordenamiento jurídico portugués, el C.C. establece la regla de la prohibición de la renuncia anticipada a los derechos del acreedor, para la responsabilidad extracontractual (art. 809); sólo en el ámbito de la responsabilidad contractual, puede pactarse una cláusula penal (cfr. a los arts. 810 a 812). Ya la ley de condiciones generales de la contratación [aprobada por el Decreto-Ley n.º 446/85, de 25 de octubre, con última actualización aprobada por el Decreto-Ley n.º 323/2001, de 17 de diciembre (publicado en el D.R. n.º 290/2001, Serie I-A, de 2001-12-17)] prohíbe cláusulas contractuales que excluyan o limiten la responsabilidad, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual (apartados a) a d) del art. 18).

⁸⁵³ En “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, insertado en *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., 1992, págs. 56-57.

⁸⁵⁴ En *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 41.

⁸⁵⁵ En contra, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Edit. Comares, Granada, 1998, págs. 108 y sigs.. Sin embargo, con ello podría salvarse la que, sin duda, es la objeción más grave que, desde un punto de vista sustantivo, puede hacerse al derecho de opción y la idea según la cual «el sistema opcional es rigurosamente inaplicable en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comparten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato (DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, cit., pág. 268).

que resulta dudoso que puedan acogerse elementos de ambos tipos de responsabilidad en el mismo caso, sino sobre todo en la circunstancia de que la modificación convencional del régimen de responsabilidad del deudor demostraría que el daño tiene su origen en el incumplimiento del contrato. Cuando así suceda, el órgano jurisdiccional, aun admitiendo la acción por vía extracontractual, no debe excluir la aplicación de tales cláusulas. Por ello, es censurable la solución de la S.T.S. de 22 de julio de 1997⁸⁵⁶, que considera que en casos en los que, junto con la relación contractual, se produce un daño cuya reparación tiene fundamento material y cauce personal distinto a la responsabilidad contractual, «no se puede plantear la no aplicación de normas del Código civil relativas al contrato (art. 10.5 y 1091) ni normas contractuales (*Paramount Clause*) ni jurisprudencia relativa a ello, ni tampoco la aplicación indebida del artículo 1902 del Código civil que proclama el principio de la responsabilidad extracontractual y así se ha entendido y aplicado».⁸⁵⁷

§ 15.º En lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro española⁸⁵⁸ (en su artículo 73/1⁸⁵⁹) no precisa si éste cubre tan sólo la responsabilidad extracontractual o se extiende también a la contractual, por lo que será la póliza la que haya de determinar el alcance de su cobertura (a veces se hace de forma expresa, normalmente excluyendo la cobertura de la responsabilidad contractual, y otras se deriva de la propia naturaleza del riesgo cubierto). Si la póliza no determina la responsabilidad cubierta y el riesgo no fuese indicativo de que sólo un tipo de responsabilidad está contemplado en el seguro, el Tribunal Supremo español ha declarado alguna vez⁸⁶⁰ que éste abarca tanto la responsabilidad contractual

⁸⁵⁶ RJ 1997, 6156.

⁸⁵⁷ Cfr. *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 162-163.

⁸⁵⁸ Ref. BOE – A – 1980 – 22501.

⁸⁵⁹ Donde se puede leer: «Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

⁸⁶⁰ Véase la S.T.S. de 10 de julio de 1997 (RJ 1997, 5822).

como la extracontractual. El problema surge en aquellos ámbitos en los que no está claro si el daño causado por el asegurado proviene de un incumplimiento contractual, excluido de la póliza, o si se trata de un daño extracontractual. En tales casos, que no han accedido con frecuencia a los Tribunales de Justicia españoles⁸⁶¹, se requiere una cuidadosa labor de calificación para determinar si el asegurado está obligado a indemnizar.⁸⁶²

§ 16.º En lo tocante a la competencia judicial, em principio, no parece que existan diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad civil, en el Derecho español, dado que por regla general la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del deudor (cfr. a los arts. 50 y 51 de la L.E.C.). Sólo en casos especiales, no se aplicará el fuero del domicilio del demandado (cfr. al art. 52 de la L.E.C.). Así, en materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, será competente el tribunal del domicilio del demandante y, cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (pár. 6.º). En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños (pár. 9.º). En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante (pár. 11.º). En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia y, cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus

⁸⁶¹ Pero el T.S. sí ha tenido de pronunciarse sobre esta cuestión, al menos, en un par de ocasiones: en la S.T.S. de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4434) y en la S.T.S. de 4 de febrero de 2003 (RJ 2003, 844).

⁸⁶² Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. págs. 163-164.

efectos, a elección del demandante (pár. 12.º). En materia de patentes⁸⁶³ y marcas⁸⁶⁴, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia (pár. 13.º). En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor (pár. 16.º). Cuando la norma anterior no fuere de aplicación a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios, será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51 (art. 52.3). Sin embargo, Cavanillas Múgica⁸⁶⁵ recuerda, con acierto, que existen supuestos en los que se aprecia la diferencia en materia de competencia judicial, como la responsabilidad del empresario respecto del trabajador como consecuencia del contrato de trabajo⁸⁶⁶. En el Derecho portugués, será competente para conocer una acción con fundamento en la responsabilidad contractual el tribunal del domicilio del demandado, teniendo el demandante la posibilidad de optar por el

⁸⁶³ Según el art. 118 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes [con última actualización publicada el 04/07/2018 (Ref. BOE – A – 2015 – 8328)], será territorialmente competente el Juez de lo Mercantil especializado correspondiente al domicilio del demandado o, en su defecto, del lugar de residencia del representante autorizado en España para actuar en nombre del titular, si en la Comunidad Autónoma de su domicilio existieran Juzgados de lo Mercantil especializados en asuntos de patentes.

⁸⁶⁴ En conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, [con última actualización publicada el 27/12/2018 (Ref. BOE – A – 2001 – 23093)], la competencia para declarar la nulidad y caducidad de los signos distintivos regulados en esta Ley corresponderá por vía directa a la Oficina Española de Patentes y Marcas y por vía de reconvencción a la jurisdicción civil, siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil, que tienen atribuidas las funciones de Juzgados de marcas de la Unión, sobre la marca de la Unión Europea, para conocer de los litigios civiles que deriven de dicha Ley, cuando se ejerciten de manera acumulada acciones concernientes a marcas de la Unión y nacionales o internacionales idénticas o similares; o si existiere cualquier otra conexión entre las pretensiones y al menos una de ellas esté basada en un registro o solicitud de marca de la Unión. En estos casos la competencia corresponderá en exclusiva a los Juzgados de Marca Comunitaria.

⁸⁶⁵ En “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, inserido en *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., 1992, pág. 55.

⁸⁶⁶ Véase, a este respecto, el punto 2. Orden Jurisdiccional Competente, del siguiente cap. VI – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPECIAL.

tribunal del lugar en que la obligación debiese ser cumplida, cuando el demandado sea una persona jurídica o cuando, situándose el domicilio del demandante en el área metropolitana de Lisboa o de Oporto, el demandado tenga domicilio en el mismo área; siendo el fundamento la responsabilidad extracontractual, será competente para conocer la acción el tribunal del lugar en el que se cometió el hecho ilícito [cfr. al art. 71 del Código de Proceso Civil (C.P.C.), aprobado por la Ley n.º 41/2013, de 26 de junio⁸⁶⁷]. Cuanto a la competencia judicial internacional, para la responsabilidad contractual, vigora el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como «Roma I»)⁸⁶⁸ y, para la responsabilidad extracontractual, el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley 864/2007 aplicable a las obligaciones extacontractuales (que se conoce como «Roma II»)⁸⁶⁹.

§ 17.º No obstante, la experiencia forense enseña que son las cuestiones relativas al régimen prescriptivo, al orden jurisdiccional competente y a la naturaleza de la acción ejercitada y aplicación de los principios «*iura novit curia*» y de congruencia de las sentencias las que constituyen el denominador común de la mayoría de los conflictos que llegan a los tribunales. Veremos una por una en el capítulo siguiente.

⁸⁶⁷ Con última actualización aprobada por la Ley n.º 114/2017, de 29 de diciembre (publicada en el D.R. n.º 249/2017, Serie I, de 2017-12-29).

⁸⁶⁸ En el sitio de Internet: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):es:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):es:HTML).

⁸⁶⁹ En el sitio de Internet: http://ocw.uniovi.es/pluginfile.php/2519/mod_resource/content/1/Reglamento_Roma_II_sobre_obligaciones_contractuales.pdf.

VI – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPECIAL

1. Régimen Prescriptivo

§ 1.º La práctica demuestra que el problema de Derecho material de mayor calado de cuantos se han suscitado en torno a la dualidad de acciones de reclamación de daños se refiere a su plazo de prescripción, el cual se deriva de la sustancial diferencia entre el plazo general de la acción *ex contractu* (que era de quince años, en el caso español⁸⁷⁰, y de veinte años, en el caso portugués⁸⁷¹) y el plazo de la acción *ex ilícito* (de un año, en el caso español⁸⁷², y de tres años, en el caso portugués⁸⁷³) - una diferencia que obedece a razones puramente históricas⁸⁷⁴ y que hoy ha sido reducida en España desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁸⁷⁵, ya que se acortó el plazo general de las acciones personales del artículo 1964 del C.C. aplicable a la responsabilidad contractual, estableciéndose un nuevo plazo de cinco años. Por consiguiente, la calificación jurídica de los daños como

⁸⁷⁰ Tal y como estaba previsto en el art. 1964 del C.C. español.

⁸⁷¹ En conformidad con el plazo ordinario de prescripción de las obligaciones del art. 309 del C.C. portugués.

⁸⁷² En los términos del art. 1968.2.º de su C.C.. Según la doctrina reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, efectivamente, el plazo de prescripción de un año establecido para las obligaciones extracontractuales es indudablemente corto y su aplicación debe ser cautelosa y restrictiva, sin que ello implique que la jurisprudencia pueda, por vía de interpretación, derogar lo que regula el ordenamiento jurídico español sobre esta materia. De ahí que afirme que el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual es improrrogable y que no sea posible interpretar extensivamente los supuestos de interrupción [Cfr. a la S.T.S. de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5410)].

⁸⁷³ Según el art. 498 del correspondiente C.C..

⁸⁷⁴ Véase, a este respecto, el punto 3. Evolución histórica del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁸⁷⁵ El 07/10/2015, llevada a cabo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (Ref. BOE – A – 2015 – 10727), que modificó el art. 1964 del C.C., a través de su disposición final primera.

resultantes de un incumplimiento de carácter contractual o del genérico deber del «*neminem laedere*»⁸⁷⁶ es decisiva al aplicar uno u otro régimen prescriptivo.

§ 2.º El examen de la jurisprudencia enseña que lo más común es que las partes, en la llamada “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad Civil, consideren los daños como contractuales o extracontractuales según convenga a sus intereses. Por regla general, la jurisprudencia es extremadamente flexible a la hora de admitir la demanda por uno u otro tipo de responsabilidad, calificando los hechos de la manera que mejor conduzca a una solución que evite el acogimiento de la prescripción. Aunque no siempre las soluciones adoptadas son respetuosas con argumentos de orden técnico. Así, por ejemplo, en España, en una acción de reclamación de daños deducida por el arrendatario de un restaurante contra el arrendador por haberle cortado los suministros de agua, gas y electricidad hasta lograr el cierre del local, en la que el arrendador demandado solicitó la aplicación del plazo prescriptivo anual de la responsabilidad extracontractual (cfr. al artículo 1968.2.º del C.C.), la S.T.S. de 3 de octubre de 1986⁸⁷⁷ rechazó la excepción de prescripción considerando que se está ante «un claro incumplimiento por parte del arrendador no sólo de la obligación contractual de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada que la preceptiva contenida en el número tres del artículo 1.554 del Código Civil le imponía, sino, también, una contravención del tenor de la obligación que el artículo 1101 del propio Código sanciona con las consecuencias indemnizatorias postuladas en la demanda». En este caso, el Tribunal Supremo declaró, «en definitiva, guardando el debido acatamiento al componente fáctico que sirve de fundamento a la pretensión ejercitada en la demanda y a la sustancia de lo pedido, (que) no puede predicarse que la acción ejercitada se basara en obligación de indemnizar nacida de culpa o negligencia

⁸⁷⁶ Véase, a este respecto, el cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

⁸⁷⁷ RJ 1986, 5234.

de carácter extracontractual, por lo que, la norma de aplicación al respecto es la contenida en el último inciso del artículo 1964 del Código Civil».

§ 3.º En otras ocasiones, se ha planteado ante los órganos jurisdiccionales la disyuntiva de tener que optar entre la aplicación del plazo general de prescripción aplicable a la responsabilidad contractual y un plazo prescriptivo especial más corto incluso que el de la responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, en la española S.T.S. de 3 de mayo de 1968⁸⁷⁸, sobre daños a las cosechas del actor como consecuencia de la fumigación aérea que contrató con el demandado, que tuvieron su causa en la defectuosa mezcla del herbicida, el primero adujo que los daños se debieron a culpa contractual, mientras que el demandado opuso la excepción de prescripción, alegando que el supuesto estaba disciplinado por la Ley de Navegación Aérea y, en consecuencia, sometido al plazo de prescripción de seis meses previsto en la misma para la reclamación de los daños que se produzcan dentro de su ámbito de aplicación (artículo 124/l de la Ley 48/1960, de 21 de julio⁸⁷⁹). En este caso, el Tribunal Supremo rechazó la pretensión del demandado y estimó la demanda, considerando «como muy acertadamente proclama la sentencia recurrida, (...) "habida cuenta, por un lado, de los hechos y fundamentos jurídicos en la demanda, y, por otro, de los supuestos que contemplan los preceptos citados, aparece clara la distinción entre la acción de indemnización que estos preceptos establecen y la que se ejercita en la demanda, ya que aquélla corresponde a quienes están vinculados con el empresario de la aeronave por contrato de transporte o a terceros extraños a todo contrato, y ésta, la ejercita quien ni ha contratado transporte, ni es tercero, sino que está unido con el empresario en virtud de un contrato relacionado con la aeronave; la primera, tiene como razón de indemnización la base objetiva del daño en atención a que se trata de explotaciones creadoras de riesgos... y la segunda, responde a la idea de culpa

⁸⁷⁸ Roj: STS 2096/1968.

⁸⁷⁹ Ref. BOE – A – 1960 – 10905.

o negligencia en el cumplimiento de obligaciones contractuales; todo lo cual implica que no puede aplicarse a ésta el término de prescripción establecido para aquélla (...) "».

§ 4.º Con carácter general, puede afirmarse que son muy contadas las ocasiones en las que el alto tribunal español ha apreciado la prescripción sobre la base de una calificación jurídica que resultara perjudicial para el actor. Véase, a este respecto, la S.T.S. de 21 de mayo de 1992⁸⁸⁰, en una acción de reclamación del precio y resarcimiento de los daños causados por los administradores de una sociedad anónima, dirigida directamente contra éstos por los acreedores, a causa de un contrato de suministro de mercaderías. «Para los recurrentes (demandados) la acción ejercitada contra los administradores es la de responsabilidad extracontractual y, por tanto, no le es de aplicación en su criterio el plazo prescriptivo de quince años, propio de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (artículo 1964), sino el de un año contenido en el artículo 1698.2 propio de las acciones derivadas de culpa o negligencia. En consecuencia, para los recurrentes ha prescrito la acción puesto que entre el acto de conciliación celebrado y la presentación de la demanda había pasado más de un año.» El Tribunal Supremo consideró que «al no existir vínculo contractual entre las partes del pleito sino el genérico contenido en el principio “naeminem laedere” que alcanza también a las personas físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos (no mandatarios) del ente social, le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil (vid. sentencia de 11 de octubre de 1991) y, según la mejor doctrina, no confirmada por esta Sala, que no ha tenido ocasión directa de pronunciarse, el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2 por remisión del artículo 943 del Código de Comercio. El plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 949 del Código de Comercio es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación, pero no a la responsabilidad del artículo

⁸⁸⁰ RJ 1992, 4274.

1902 del Código Civil complementado por el artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas.» No obstante, desestimó la prescripción de la acción por no haberse probado cuál fue el momento en que debió iniciarse el cómputo del plazo.

§ 5.º De cuanto se lleva dicho se desprende que, en lo atinente al plazo de prescripción de la acción, generalmente la calificación jurídica del caso como contractual beneficia al perjudicado (artículo 1964 del C.C. español y artículo 309 del C.C. portugués *versus* artículo 1968.2.º del C.C. español y artículo 498 del C.C. portugués, respectivamente). Sin embargo, puede ocurrir lo contrario: hay casos en los que esa calificación como contractual lleva aparejada la aplicación no del plazo general del artículo 1964 del C.C. español o del artículo 309 del C.C. portugués, sino la aplicación de un plazo especial, más corto que aquél y, a veces, más corto incluso que el general de las acciones por daños extracontractuales; o bien se tratan de casos sometidos a un rigurosísimo régimen de protesta⁸⁸¹. En estas ocasiones, y al objeto de evitar la prescripción, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es claramente proclive a considerar los daños como extracontractuales, pero con la diferencia de que aquí el soporte técnico de la solución adoptada es mucho más frágil. Así, por ejemplo, la S.T.S. de 10 de mayo de 1984⁸⁸² consideró que «un accidente sobrevenido

⁸⁸¹ Como sucede con las acciones procedentes de los contratos mercantiles, en los términos de los arts. 942 y sigs. del Código de Comercio español (publicado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, con última actualización publicada el 25/11/2017).

⁸⁸² En un caso en el que, a causa de un accidente de circulación debido a la negligencia del conductor de un camión, la maquinaria transportada en el mismo sufrió graves daños; motivo por el cual el propietario de la maquinaria ejerció una acción de responsabilidad extracontractual contra la empresa con la que había contratado el transporte, contra la que ésta había subcontratado la parte del trayecto en la que se produjo el accidente y contra el conductor del camión. Recurrieron, alegando prácticamente los mismos motivos, tanto la empresa contratista como la subcontratista. Esta última adujo la existencia de una relación contractual (contrato de transporte mercantil) entre ella y la propietaria de los bienes dañados, relación que se extendía a la Compañía Aseguradora accionante, en cuanto actuaba subrogada en la posición de aquél. También se alegaba la prescripción de la acción por aplicación de los arts. 952.2 y 942, en relación con los arts. 366 y 367 del Código de Comercio. El Tribunal Supremo, en vez de limitarse a señalar que entre la empresa propietaria de la maquinaria y la subcontratista recurrente no mediaba ningún tipo de vinculación contractual, lo que esta última pretendía mediante la fórmula de calificar el transporte como combinado, con lo cual la acción emprendida contra ella no podía ser otra que la efectivamente intentada, abordó el recurso como si la recurrente fuera la entidad contratista (RJ 1984, 2405).

por una conducción defectuosa de un vehículo de motor al no observar el conductor las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba y el lugar en que el accidente ocurrió, (...) sobrepasa a la responsabilidad dimanante del contrato de transporte», ya que el accidente de circulación y los consiguientes daños en la maquinaria transportada se habrían producido fuera de la «rigurosa órbita de lo pactado». Idéntica solución adoptó la S.T.S. de 9 de enero de 1985⁸⁸³, en un caso semejante al anterior, donde se considera que «en los hechos resalta la relación contractual de la entidad titular de la maquinaria transportada con quienes se encargaron a su ruego del transporte y por otro la falta de toda relación derivada del contrato con quienes materialmente realizaron aquel transporte (la recurrente con vehículo que ella proporcionó, previo el lógico contrato con el dueño del vehículo y con su conductor) circunstancias fácticas que no obstan a que se acuerde indemnización que haya de satisfacerse solidariamente por unos en concepto de contratantes de los servicios del actor y por otros en concepto de culpa extracontractual con fundamento en 1902 CC».

§ 6.º La citada S.T.S. de 10 de mayo de 1984⁸⁸⁴ nos sirve para traer a debate la siguiente cuestión: la regla que se desprende de un buen número de sentencias según la cual, en caso de pluralidad de responsables, está permitido el ejercicio de la acción extracontractual contra todos ellos, aun habiendo alguno o algunos que mantenían relaciones contractuales con el actor, ¿es también aplicable cuando la acción técnicamente correcta contra la parte ligada contractualmente, esto es, la acción por responsabilidad contractual, ha prescrito? Para responder a esta cuestión, el Tribunal Supremo español ha utilizado la conocida fórmula de que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como

⁸⁸³ Roj: STS 1876/1985.

⁸⁸⁴ RJ 1984, 2405.

desarrollo del contenido negocial»; por lo que, entrando en el tema de la prescripción, concluye el alto tribunal que «no habiendo surgido “stricto sensu” la relación debatida de un contrato de transporte, sino de un accidente de circulación, que originó una responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción aplicable es el señalado en el artículo 1968, párrafo 2, del C.C., con los modos de interrupción que establece el artículo 1.973 del propio Código».

§ 7.º Problemas análogos a los vistos en el párrafo anterior, en los que concurren una pluralidad de sujetos en la parte pasiva de la relación, se plantean en las situaciones cabalmente contrarias, en las que concurren una pluralidad de perjudicados en la parte activa, cuya relación con los demandados es, en principio, de diferente naturaleza respecto a cada uno de ellos. Un buen ejemplo nos lo proporciona la S.T.S. de 8 de febrero de 2005⁸⁸⁵, sobre un caso en el que, después de una operación de vasectomía, la esposa del intervenido quedó embarazada (circunstancia que se repitió después de una segunda operación, aunque el segundo embarazo no llegó a buen fin, al producirse un aborto)⁸⁸⁶. El Tribunal Supremo español consideró que «no se trata, la actuación aquí de marido y mujer, de unas actividades separadas, sino claramente unidas por una petición con una fuerte “solidaridad” activa, ya que el resultado que se busca para la actuación médico-clínica es único, dado que la vasectomía practicada a aquél debe de tener efecto en ella y ambos resultados no se deben desconectar, teniendo un mismo fin (...)». De aquí resalta que, en los casos de solidaridad activa, la relación que une a los demandantes frente a los demandados tiene una misma naturaleza, con independencia de cuál sea la fuente de donde nace la obligación, de modo que todos ellos se ven favorecidos por la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades.

⁸⁸⁵ RJ 2005, 949.

⁸⁸⁶ Los demandados alegaron que, si bien la acción podía no estar prescrita respecto del esposo, en cuanto le unía con ellos una relación contractual, lo estaría respecto de la parte de la indemnización correspondiente a la mujer, puesto que la naturaleza de la reclamación lo era por daños derivados de una relación extracontractual.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

§ 8.º En conclusión, puede decirse que, salvo en muy contadas ocasiones, la jurisprudencia no ha dudado en proceder a la calificación jurídica de cada caso en la forma que mejor se acomodara para enervar la excepción de prescripción y conceder al perjudicado la posibilidad de obtener una efectiva reparación del daño^{887 888}. No es, evidentemente, sino una más de las muchas manifestaciones

⁸⁸⁷ Véase, a este respecto, la S.T.S. de 30 de enero de 1993 (RJ 1993, 355) dictada en una acción de responsabilidad por culpa extracontractual y en reclamación de una indemnización de 10.000.000 de pesetas, por daños morales, baja en el trabajo, precio del dolor, lucro cesante y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, sufrido por un médico en la institución hospitalaria en que trabajaba, en consecuencia de la caída del ascensor en el que había entrado, al romperse el eje del mecanismo de sustentación del mismo; contra los siguientes demandados: Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía (RASSA), Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería Territorial de la Seguridad Social, la entidad mercantil responsable por el mantenimiento de los ascensores de dicha institución hospitalaria y el encargado por cuenta de esta empresa. La sentencia de Primera Instancia, estimando producida la excepción de prescripción de la acción, aducida por todos los demandados, desestimó la demanda y les absolvió de la misma. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante, la sentencia de la Audiencia Provincial revocó la de Primera Instancia y, desestimando la excepción de prescripción de la acción, estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados RASSA, INSS, Tesorería Territorial de la Seguridad Social y la entidad mercantil, a que, con carácter solidario, indemnicen al demandante en la cantidad de 5.000.000 de pesetas, al tiempo que absolvió de la demanda al encargado por cuenta de la empresa. Contra la referida sentencia de la Audiencia, han interpuesto sendos recursos de casación la Tesorería General de la Seguridad Social (con seis motivos, el primero de los cuales fue inadmitido, en su momento) y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (con cuatro motivos). El Tribunal Supremo, declarando haber lugar a la casación y anulación total de la recurrida Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, mantuvo que «es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala 1.ª de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o de mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de estas consecuencias al tratamiento, en cuyo supuesto la fijación del día a quo para computar el plazo prescriptivo de la acción ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica».

⁸⁸⁸ Véase, en la jurisprudencia portuguesa, la sentencia del S.T.J. de 22-02-2007 (Proceso: 07B111), en un caso en el que la actora fundamenta la acción de reclamación de daños en el hecho de haber tragado un hueso existente en un sándwich de pollo que había comprado en un local de cafetería, cuando se suponía que el pollo estaba deshuesado, tal como se anunciaba. Las partes habían aceptado pacíficamente que se trataba de responsabilidad extracontractual y, consecuentemente, que el plazo de prescripción sería el aludido en el n.º 1 del art. 498 del C.C., es decir, el plazo de tres años. Sin embargo, el S.T.J. entiende que existe «claramente una responsabilidad contractual subjetiva del vendedor», considerando que «tendrá habido negligencia en la preparación del sándwich por omisión del diligente cuidado exigible en su confección, habiendo la actora recibido una cosa cuyas características no correspondían a las legítimamente esperadas». De aquí retira que «esta responsabilidad contractual por violación culposa de los deberes del vendedor, no cubierta por el art. 913 del C.C., está sujeta al plazo ordinario de prescripción, es decir, al plazo de veinte años previsto en el art. 309 del mismo diploma».

del *favor lesi* que se advierte con claridad en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, muy en consonancia con los postulados de equidad, que se debe aplaudir pero que no debe servir siempre de justificación para la falta de aplicación de la norma jurídica (cfr. al artículo 3.2 del C.C. español y al artículo 4 del C.C. portugués). Con todo, no deja de ser cierto, y en esto reside una posible justificación para algunas de las sentencias citadas, que en materia de prescripción los ordenamientos jurídicos español y portugués proporcionan soluciones no menos excéntricas, como cabalmente sucede con la diferencia (injustificable en los días de hoy) de los plazos de la acción de reclamación de daños, según se deriven éstos de una relación contractual o extracontractual.⁸⁸⁹

2. Orden Jurisdiccional Competente

§ 9.º La cuestión relativa al orden jurisdiccional competente se ha planteado fundamentalmente en el ámbito de los accidentes de trabajo, sobre el que se verifica una viva polémica entre la Sala de lo Civil y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español. La discusión ha girado tradicionalmente en torno a saber si los daños derivados de un accidente laboral pueden considerarse acaecidos dentro del estricto ámbito de la relación nacida del contrato o trascienden a ese ámbito, enmarcándose dentro del genérico deber de «no dañar a otro», formulado como principio general en el artículo 1902 del C.C. español (y en el artículo 483 del C.C. portugués)⁸⁹⁰. Tal problema se coloca cuando la parte demandada en una acción de reclamación de daños, ex artículos 1902 y 1903 del C.C. español, es el empresario del trabajador accidentado, puesto que,

⁸⁸⁹ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 189 y sigs..

⁸⁹⁰ En la doctrina portuguesa, Calvão da Silva considera que la responsabilidad emergente de accidentes de trabajo es contractual, pues se parte de la existencia de un contrato entre el empresario y el trabajador y de la violación de obligaciones en sentido técnico derivadas de ese contrato y de la propia ley [en “Segurança e Saúde no Trabalho”, *Ordem dos Advogados*, Año 68 (2008), Vol. I (en el sitio de Internet: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/joao-nuno-calvao-da-silva-seguranca-e-saude-no-trabalho>)].

cuando la legitimación pasiva corresponda a otra persona distinta (ejemplo clásico es el accidente *in itinere*), el hecho no podrá considerarse como derivado del contrato de trabajo, circunstancia ésta que, en definitiva, habría de ser la que inclinaría la balanza del lado de la jurisdicción social.

§ 10.º Tradicionalmente, la Sala de lo Social y la Sala de lo Civil han dado una respuesta completamente divergente: la Sala de lo Social concibe los accidentes de trabajo acaecidos dentro de la estricta órbita de la relación contractual laboral, mientras que la Sala 1.^a se inclina por la idea de que éstos se enmarcan dentro del genérico deber de «no dañar a otro», sobre la que sustenta su competencia para el conocimiento de este tipo de pretensiones. Esto porque las normas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.)⁸⁹¹, sobre atribución de competencias a los diferentes órganos jurisdiccionales españoles, otorgan al orden civil competencia «en materia de obligaciones extracontractuales» [artículo 22 quinquies.b)] y atribuyen al orden social competencia «en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo» (artículo 25.1.º).

⁸⁹¹ Con última actualización publicada el 25/07/2019 (Ref. BOE – A – 1985 – 12666).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

§11.º Como queda dicho, la jurisdicción civil española, con algunas excepciones muy contadas^{892 893}, ha venido manteniendo la competencia de este orden al considerar que los daños sufridos por un trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo son ajenos a la relación laboral, en el hecho de que la reclamación de indemnización de daños se sustente en normas civiles, como los artículos 1902 y 1903 del respectivo C.C., así como en la compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles, que proclama el artículo 168.III del T.R.L.G.S.S.⁸⁹⁴. De acuerdo con ello, el daño derivado de un accidente de trabajo

⁸⁹² Como la S.T.S. de 19 de julio de 1989 (RJ 1989, 5724), que desestimó la pretensión de indemnización por muerte de un trabajador, declarando que, «habiéndose resuelto por la jurisdicción laboral que el accidente que provocó la muerte no es de carácter incardinable en la relación de trabajo y no acreditándose la existencia de ninguna otra relación material entre el fallecido y los demandados, es visto que la responsabilidad contractual queda descartada aunque se cobije bajo la generalidad de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, pues es cosa juzgada». Considera la Sala de lo Civil en sus fundamentos que «no puede olvidarse que de lo que se trata es de una responsabilidad contractual derivada, precisamente, de un contrato de trabajo y circunscrito a esta esfera de responsabilidad laboral en cuyo ámbito se daba la relación inter partes, cuyo contenido no participa de la naturaleza de ningún otro contrato como se estableció por el tribunal de instancia, que acotó así el contenido de la pretensión sobre la base de unos hechos, no atacados en la vía procesal oportuna, como se ha reiterado, y en la interpretación del contrato, respecto del cual, además, el recurrente ni siquiera ha citado qué otra naturaleza sea la de la relación existente distinta de la laboral o en qué punto del contrato de trabajo cuestionado o de la póliza que cubría los accidentes de los empleados de la empresa agrícola, en que el fallecido prestaba sus servicios, se contempla otra responsabilidad que no fuese la laboral». Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S. de 2 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7442) y la S.T.S. de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6497).

⁸⁹³ Sirva de ejemplo la S.T.S. de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000, 673), en una acción de reclamación de daños derivados de un accidente laboral, rechaza el recurso de casación «porque pese a la denominación que el actor le da en su demanda (de responsabilidad por culpa extracontractual), lo cierto es que la única y verdadera acción que, en el proceso a que se refiere este recurso, ejercita el actor, aquí recurrente, es la de responsabilidad contractual por el incumplimiento por la empresa del contrato de trabajo existente entre las partes, al no observar las normas establecidas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo (no facilitando al trabajador demandante gafas o pantallas protectoras), y siendo ello así, como efectivamente lo es, tanto esta Sala Primera, como la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, tienen proclamada la doctrina de que cuando la acción ejercitada es la de responsabilidad contractual, por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la empresa, el conocimiento de la referida acción es de la exclusiva competencia de la Jurisdicción Laboral o de lo Social (Sentencias de esta Sala Primera de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, 26 de diciembre de 1997, 24 de octubre de 1998, y Autos de dicha Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994)». Más recientemente, véase la S.T.S. de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4052).

⁸⁹⁴ Dicha doctrina puede considerarse sintetizada en la S.T.S. de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2186), según la cual «la materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no concurre en el supuesto que

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

no sería sino «un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo»⁸⁹⁵. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo también se ha declarado competente, de forma exclusiva, para el conocimiento de este tipo de acciones, sobre la misma base jurídica utilizada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, al decir que los accidentes de trabajo pertenecen a la rama social del Derecho. No obsta a la competencia de la jurisdicción social el hecho de la compatibilidad entre las prestaciones sociales y la responsabilidad civil del empresario (artículo 168.III del T.R.L.G.S.S.), ni tampoco la referencia del artículo 164.3 del mismo T.R. a la diferencia entre la responsabilidad que resulte de la imposición del recargo y la responsabilidad «de todo orden» que pueda derivarse de la infracción⁸⁹⁶.

nos ocupa, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual, excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, máxime, cuando en la demanda inicial del procedimiento se hace alusión a que la acción que se ejercita es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y cuando el artículo 97.3 del Real Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, Ley de Seguridad Social establece la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo con las otras que pueden resultar a consecuencia de que el hecho pueda implicar responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario.» Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S. de 22 de julio de 2001 (RJ 2001, 5075), la S.T.S. de 29 de julio de 2003 (RJ 2003, 5991), la S.T.S. de 29 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10192) y la S.T.S. de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6427).

⁸⁹⁵ Cfr. a las S.S.T.S. de 13 de julio de 1999 (RJ 1999, 5046) y de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5242), entre otras; existiendo un copioso número de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que abundan en esta idea.

⁸⁹⁶ La doctrina de la Sala de lo Social queda perfectamente sintetizada en la S.T.S. de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10501), según la cual «en el ámbito privado y específicamente en el ámbito laboral, la obligación derivada del contrato no se transforma en extracontractual, liberándose la parte de sus obligaciones, por el hecho de hacer intervenir un tercero en su cumplimiento, con el efecto de atribución de la competencia del orden jurisdiccional social. Como dice nuestra sentencia del 24 de mayo de 1994, tesis seguida entre otras en la del 27 de junio del mismo año, el "empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo, tal como es definido por las diversas fuentes que concurren, con función reguladora, en la determinación de ese contenido en el marco de un contrato normado" e incluso existe esa atribución de competencia al orden social en supuestos de acumulación de culpa contractual contra los compañeros de trabajo que conjuntamente hubieran provocado el daño, dado que la acción aquiliana tiene carácter subsidiario como señalaba la sentencia del 4 de abril de 1994.»

§ 12.º La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo español, en los casos en los que se le ha llevado un conflicto de competencias entre la Sala 1.ª y la 4.ª, cuyo objeto constituía una pretensión de reclamación de daños derivados de accidentes de trabajo, lo resolvió siempre a favor de la jurisdicción social. Según esta Sala, las obligaciones empresariales de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y de adoptar las medidas necesarias para reducir los riesgos laborales pertenecen a la rama social del Derecho y, aun cuando la demanda esté sustentada en los artículos 1902 y siguientes del C.C., tales accidentes constituyen a menudo casos de incumplimiento por el empresario de medidas de seguridad y, en consecuencia, incumplimiento del contrato de trabajo⁸⁹⁷. Lo que sucede es que las decisiones de esta Sala tienen un alcance limitado, en cuanto que afectan exclusivamente al caso que se le traslada, dado que «las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial» que vincule a los órganos de los órdenes en conflicto⁸⁹⁸; aunque no dejan de tener razón aquellos que cuestionan la existencia de una Sala cuyas decisiones, salvo para el caso concreto, son preteridas por los tribunales.

§ 13.º Las diferencias de acudir a una u otra jurisdicción tienen que ver, sobre todo, con el *quantum* indemnizatorio. La jurisdicción civil solía ser bastante más generosa, en este punto, que la social; si bien es cierto que, para la cuantificación de la indemnización, ambas jurisdicciones vienen utilizando ya el baremo del Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el

⁸⁹⁷ Sirva de ejemplo el A.T.S. de 23 de octubre de 2001 (RJ 2003, 1184) «que resolvía definitivamente el conflicto de competencia suscitado (...) entre los Juzgados de lo Social nº 2 de Lugo y de 1ª Instancia nº 1 de Vilalba (Lugo) en relación con el juicio de menor cuantía nº (...) de este último Juzgado en favor del Juzgado de lo Social al que le corresponderá conocer del asunto», «con base en que el accidente determinante del fallecimiento del operario se produjo en el lugar de desarrollo del trabajo, durante el mismo, en el ámbito de una relación laboral y procede de la actuación de un compañero de trabajo, y con fundamento jurídico en los arts. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral». Véanse, en el mismo sentido, el A.T.S. de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 8689) y la S.T.S. de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 367).

⁸⁹⁸ Así lo recuerda expresamente la Sala 1.ª en la S.T.S. de 22 de abril de 2003 (RJ 2003, 3545), por ejemplo.

que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (T.R.L.R.C.S.C.V.M.), con última actualización publicada el 08/04/2020 (Ref. BOE – A – 2004 – 18911)⁸⁹⁹, por lo que esta diferencia tiende a suprimirse. Por lo demás, ambas jurisdicciones coinciden en que, aunque las prestaciones obtenidas por el trabajador en la vía social son compatibles con las de naturaleza civil, las primeras se pueden deducir de la cantidad fijada por las segundas, dada su idéntica naturaleza. En cuanto al criterio de imputación, tanto la jurisdicción civil como la social exigen que, más allá de la aplicación del régimen de las prestaciones asistenciales, es decir, en el estricto ámbito de la responsabilidad civil, el empresario responda cuando el accidente pueda serle atribuido a título de culpa. Por otro lado, existen también sustanciales diferencias entre ambas jurisdicciones en cuanto al régimen procesal. Aparte de la tramitación, acaso la más notable resida en la postulación, pues mientras la demanda civil exigirá casi siempre la intervención de Procurador (artículos 23 y siguientes de la L.E.Civ.), no sucede lo mismo con la demanda laboral [artículo 18 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (L.J.S.)⁹⁰⁰]. No obstante, la práctica enseña que las más de las veces la demanda ante la jurisdicción social se hace por medio de Abogado y también es frecuente la asistencia de Procurador. Asimismo, se ha señalado como diferencia procesal relevante el hecho de que, mientras en la demanda civil deben expresarse los fundamentos de Derecho que se invocan y la clase de acción que se ejercita, en el orden social la demanda no requiere argumentación jurídica alguna, bastando con que se concreten los hechos sobre los que se fundamenta la acción [artículo 80.1, c) de la L.J.S.]. Así, en el orden civil no debería ser indiferente invocar las normas extracontractuales que invocar

⁸⁹⁹ Téngase en cuenta que la disposición derogatoria de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Ref. BOE – A – 2015 – 10197) deroga este Anexo, con efectos a 1 de enero de 2016, siendo sustituido por el Anexo de la citada Ley; habiendo sido actualizadas las cuantías de las indemnizaciones por la Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Ref. BOE – A – 2019 – 5015).

⁹⁰⁰ Con última actualización publicada el 23/09/2020 (Ref. BOE – A – 2011 – 15936).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

las contractuales, pues, si bien es frecuente que la Sala 1.^a acuda a los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*», no faltan las sentencias que se atienen a la fundamentación jurídica empleada por las partes, como la S.T.S. de 12 de febrero de 2000⁹⁰¹. Con carácter general, se puede decir que, en la vía civil, la sola fundamentación jurídica de la demanda no vincula al órgano judicial, de modo que éste puede aceptar una determinada pretensión sustentando la decisión sobre una fundamentación jurídica totalmente diferente a la esgrimida por quien la presentó, con el único límite de la prohibición de la indefensión.

§ 14.º En realidad, la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo español ha atravesado por distintas etapas en torno a esta materia. En una primera fase, como ya hemos apuntado, admitía de forma generalizada su competencia para el conocimiento de este tipo de acciones; si bien con ciertas excepciones, representadas, entre otras, por la ya mencionada S.T.S. de 19 de julio de 1989⁹⁰² y por la S.T.S. de 2 de octubre de 1994⁹⁰³. Sin embargo, sobre todo a raíz de los Autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, durante un período que abarca desde mediados del año 1997 y todo el año 1998, la Sala

⁹⁰¹ En la cual «se aprecia la excepción de prescripción aducida por los codemandados contra la demanda interpuesta por el Actor (...), en la que ejercitando acción por la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del C.c., postula la condena de ptas. 26.865.470 por la actuación negligente del facultativo demandado y su dependencia con el Servicio Andaluz de la Salud»; donde se puede leer en el fundamento «SEGUNDO: En citado recurso (de casación) se articula un Único Motivo, al amparo del núm. 4 del art. 1692 L.E.C., por infracción del art. 1902 C.c., en relación con los artículos 1968 párrafo segundo, 1969 y 1973 del C.c., y 124 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»; y en el «TERCERO: El Motivo, tal y como se plantea no puede aceptarse, y ello con independencia de que no sea cabalmente exacto el dato que sobre el "dies a quo" fijan las sentencias inferiores, esto es, la fecha del informe médico de 8 de noviembre de 1991 (...) que no es atendible ya que el mismo responde al particular emitido por el facultativo (...) aunque lo fuese a instancias del interesado, que por ello carece de contenido vinculante», ratificando la apreciación de la prescripción declarada (RJ 2000, 820).

⁹⁰² RJ 1989, 5724.

⁹⁰³ En la cual la Sala de lo Civil declara que: «Dado que en el presente caso la relación entre el fallecido y la sociedad demandada es una relación laboral, sin que entre ellos mediase ningún otro vínculo contractual ha de entenderse que no es aplicable al caso la regulación de la culpa contractual que se contiene en los arts.1101 y siguientes del Código Civil y sin perjuicio de la responsabilidad de naturaleza laboral que pueda exigirse al empresario ante los órganos del orden jurisdiccional social, competentes para conocer de la misma a tenor del art.25-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art.1.1 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, vigente al tiempo de ocurrir los hechos» (RJ 1994, 7442).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

1.^a del Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que se declaraba incompetente para el conocimiento de las reclamaciones de indemnización por los daños causados en accidentes laborales, cuando deriven del incumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido esencial del contrato de trabajo, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional social. La nueva línea fue iniciada por la S.T.S. de 24 de diciembre de 1997⁹⁰⁴, que recogió la doctrina de las sentencias anteriores y asumió los criterios de los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993⁹⁰⁵, de 4 de abril de

⁹⁰⁴ En la que estaba en causa el «incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, concretamente la de los gases licuados o a presión (O.M. de 9-3-71, art. 110), que origina daños al trabajador en el desarrollo de su actividad laboral». En ella, la Sala de lo Civil considera que «con arreglo a las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 1989 y 2 de octubre de 1994 y a lo declarado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo, ello implica incumplimiento de la relación laboral por la empresa infractora (...). Ello lleva consigo no sólo la estimación del motivo, sino a que esta Sala tenga que aplicar de oficio, por ser de orden público, los arts 9^a.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 y 2 de la de Procedimiento Laboral, anulando por ello todas las actuaciones practicadas en este litigio, y reenviando a las partes a la jurisdicción de lo social para que ante ella planteen, si les interesa, sus pretensiones» (RJ 1997, 8905).

⁹⁰⁵ Donde se expone que «es oportuno puntualizar cuanto sigue: a) La indiscutible calificación del hecho de autos como accidente laboral, lo que podría implicar la existencia de un conflicto individual derivado de las relaciones propias del contrato de trabajo.- b) La atribución al órgano jurisdiccional del orden social para conocer de las pretensiones promovidas dentro de la rama social de Derecho en conflictos individuales y colectivos, y de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, artículos 1 y 2.a) del Real Decreto Legislativo número 521/1990, de 27 de abril, sobre Procedimiento laboral, atribución la referida en el primer sentido que resulta coincidente con la asignada al expresado orden en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.- c) Las normas sobre seguridad e higiene del trabajo son una de las manifestaciones más antiguas del intervencionismo estatal en la autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo, y representan, en el decir del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad social, las que tengan por objeto: eliminar o reducir los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo, y estimular y desarrollar en las personas comprendidas en el campo de aplicación de la presente Ley una actitud positiva y constructiva respecto a la prevención de los accidentes y enfermedades que puedan derivarse de su actividad profesional, artículo 26.a) y b).- y d) El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, estando el empresario obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en dicha materia a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, artículo 19.1 y 4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y en este orden de cosas, para el artículo 4.2.b) y d) del Estatuto, son derecho laborales: la promoción y formación profesional en el trabajador y su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene. ...Cuantas consideraciones han sido formuladas, llevan a concluir que en el caso concreto de autos, no obstante la 'vis atractiva' que caracteriza al orden jurisdiccional civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

1994⁹⁰⁶ y de 10 de junio de 1996⁹⁰⁷. Pero, en contra de lo que pudiera parecer, esta doctrina de la Sala Civil no provocó una huida hacia la jurisdicción social, sino que la prácticamente totalidad de las demandas contra empresarios en reclamación de daños derivados de accidentes laborales se recondujeron por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, sustentándolas en los artículos 1902 y 1903 del C.C.. Seguramente por esta circunstancia y por razones de economía procesal, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo comenzó a diferenciar los casos en los que la demanda se sustentaba exclusivamente en la culpa del empresario de aquellos otros en los que se sustentaba en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, según se decía. En estos últimos casos, se atribuía la competencia al órgano jurisdiccional social⁹⁰⁸. No obstante, en los primeros, la Sala Civil empezó nuevamente a considerarse competente para el conocimiento de la acción, declarando que «corresponde al orden jurisdiccional civil la competencia para conocer de las reclamaciones de responsabilidad civil dimanantes de culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su actividad laboral, fundamentándose esta atribución de competencia en el principio de compatibilidad entre las indemnizaciones que pueden reconocer uno y otro orden jurisdiccional por cuanto las acordadas por los órganos de lo Social dimanan de

extracontractual prevenidos en los artículos 1902 y 1903 del C.c., el órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es el correspondiente al del orden social...».

⁹⁰⁶ Que resuelve en favor del Juzgado de lo Social el conflicto positivo planteado por el Juzgado de Primera Instancia, por entender que «es criterio consolidado de esta Sala de Conflictos que las indemnizaciones por despido tienen carácter de créditos salariales, por lo que a ellas también les alcanza el privilegio que la legislación laboral, artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, concede a los trabajadores para el cobro de sus salarios, y así lo recogen las resoluciones de 28-I-83, 24-I-86, 12-VI-87, 19-X-87, 22-X-91 y 27-VI-92, y en consecuencia pueden los acreedores hacerlas efectivas fuera del procedimiento de suspensión de pagos seguido en el orden jurisdiccional civil, que no puede paralizar la ejecución de las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vizcaya, pues a éstas no les alcanza lo dispuesto en el artículo 9.4. de la Ley de Suspensión de Pagos» (RJ 1994, 3197).

⁹⁰⁷ Según el cual «siguiendo el criterio sentado por esta Sala en casos similares (Autos de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1995), la competencia corresponde a la jurisdicción social, pues el cumplimiento de los deberes legales impuestos por la legislación sobre seguridad e higiene en el trabajo se integran en el contenido de la relación laboral, cuyo conocimiento es materia propia de la jurisdicción social» (RJ 1996, 9676).

⁹⁰⁸ Véase la ya mencionada S.T.S. de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000, 673).

las relaciones de Seguridad Social y las de los órganos civiles de la existencia de culpa extracontractual»⁹⁰⁹.

§ 15.º En cuanto a la valoración que merece esta doctrina, Reglero Campos⁹¹⁰ es de la opinión que el criterio que sigue la Sala 1.ª del Tribunal Supremo español para delimitar la competencia de la jurisdicción civil no es satisfactorio. Si la falta de observancia por el empresario de las normas de seguridad constituye un incumplimiento contractual, esa misma circunstancia es la que fundamentaría, en buena parte de los casos, la acción de reclamación de daños por la vía de la responsabilidad extracontractual, prevista en los artículos 1902 y siguientes del C.C.. En efecto, la culpa del empresario se manifestará normalmente en la negligencia omisiva, o sea, en la falta de adopción de las medidas de seguridad e higiene a que le contrae el ordenamiento social. Por ello, nada obsta a que, basándose la acción en los artículos 1902 y 1903 del C.C., el demandante trate de acreditar la negligencia del empresario precisamente en el hecho de que incumplió tales medidas.

§ 16.º Atendiendo a la señalada doctrina de la Sala 1.ª, nos encontramos ante el problema de concurrencia de normas típico del debate acerca de la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual⁹¹¹, del que la presente materia no parece ser sino una manifestación más. Es decir, lo que en definitiva viene a declararse es que los daños corporales y patrimoniales sufridos por el trabajador como consecuencia de un accidente laboral pueden concebirse tanto como un incumplimiento del contrato por parte del empresario, en este caso de las normas de seguridad, como un hecho que escapa de la órbita contractual, incardinándose en el incumplimiento del genérico deber «*neminem laedere*». En

⁹⁰⁹ Cfr. a la S.T.S. de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8793). En el mismo sentido, la S.T.S. de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9530), la S.T.S. de 2 de julio de 2001 (RJ 2002, 1700), la S.T.S. de 7 de julio de 2000 (RJ 2000, 5928) y la S.T.S. de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8287).

⁹¹⁰ En *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 215 y sigs..

⁹¹¹ Véase, a este respecto, el cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

el ámbito aquí analizado, esta doctrina permitiría al perjudicado la “elección de normas”, así como la “elección de jurisdicción”. Sin embargo, las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo y las de prevención de riesgos laborales no conceden acción civil, de manera que la pretensión indemnizatoria de este orden no podría sustentarse en ellas, sino en los artículos 1902 y siguientes del C.C., de los que tales normas serían meramente auxiliares para determinar la medida de la negligencia del empresario.

§ 17.º En resumidas cuentas, al no existir en el ordenamiento jurídico español una norma legal que atribuya de forma expresa e inequívoca la competencia para el conocimiento de este tipo de acciones ni a la jurisdicción social ni a la civil⁹¹², una demanda de reclamación de daños por accidentes de trabajo, en lo que exceda de las prestaciones sociales, presentada ante cualquiera de ambas jurisdicciones, no debe ser desestimada por acogimiento de la excepción de incompetencia de jurisdicción, sobre todo en aras del principio de economía procesal y de evitación del llamado “peregrinaje de jurisdicciones”.⁹¹³

3. Colisión entre los Principios «*Iura Novit Curia*» y de Congruencia de las Sentencias

§ 18.º Cuestiones de distinta naturaleza, pero íntimamente relacionadas a las examinadas anteriormente, son las que se derivan de la relación jurídica

⁹¹² En el ordenamiento jurídico portugués, el art. 126/1, c), de la Ley de Organización del Sistema Judicial (L.O.S.J.), aprobada por la Ley n.º 62/2013, de 26 de agosto (publicada en el D.R. n.º 163/2013, Serie I, de 2013-08-26), con última actualización realizada por la Ley n.º 107/2019, de 9 de septiembre (publicada en el Diário da República n.º 172/2019, Série I, de 2019-09-09) [sitio de Internet: <https://data.dre.pt/eli/lei/62/2013/p/cons/20190909/pt/html>] confiere competencia, en materia civil, a las secciones de Trabajo, existentes en los tribunales de 1.ª instancia, para las cuestiones emergentes de accidentes de trabajo, por lo que tal problema no se coloca.

⁹¹³ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 203 y sigs..

procesal nacida como consecuencia de la demanda de reclamación de daños. De hecho, es relativamente frecuente leer en los recursos de casación interpuestos por el demandado que la sentencia recurrida excluye la acción de responsabilidad extracontractual (o contractual), única ejercida por el demandante, y que se basa el fallo en la acción de responsabilidad contractual (o extracontractual); cosa que, según el recurrente, altera la acción ejercitada y conculca los principios procesales de contradicción y de congruencia de las sentencias. Se dice que se provoca, así, una situación de indefensión al privar a la parte recurrente de la posibilidad de rebatir lo que no fue objeto de alegación, obligándola a ejercitar nuevamente la acción. Los problemas procesales que resultan de estas situaciones están relacionados con categorías fundamentales de la dogmática procesal sobre las que no hay una posición unánime en la doctrina, particularmente con las relativas al concurso de acciones o de normas y a la *causa petendi*.

§ 19.º De la tesis que se adopte se derivan consecuencias que no son accidentales. Si se considera que se trata de un concurso de acciones (concurso propio), su titular tiene a su disposición el poder de optar, para obtener el mismo fin, por la acción que considere más ventajosa; aunque, una vez elegida, no podrá variarla a lo largo del proceso, correspondiendo al Juez decidir sobre esa concreta acción y no sobre la concurrente no actuada. Ello no permitiría una acumulación simple de acciones, pero sí una eventual o subsidiaria e, incluso, alternativa.⁹¹⁴ Si, por el contrario, se entiende que estamos ante un concurso de normas (esto es, los mismos hechos son subsumibles en diversas normas jurídicas que comprenden todos sus elementos constitutivos), estaríamos ante una única acción sin que, por tanto, pueda hablarse de acumulación y serían de plena aplicación los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*». De este modo, el Juez podría seleccionar la norma o conjunto de normas que

⁹¹⁴ Véase el apartado b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción, perteneciente al punto 1. Concurrencia de pretensiones, del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

considerara aplicable al caso, sin estar sometido a las alegadas por las partes.⁹¹⁵ Es, así, manifiestamente difícil determinar si la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual constituye, desde una perspectiva procesal, un concurso de acciones o un concurso de normas. En efecto, la doctrina procesalista española está dividida, si bien la corriente mayoritaria parece inclinarse por el segundo.⁹¹⁶

§ 20.º La misma doctrina procesalista también se encuentra profundamente dividida sobre el concepto de *causa petendi*. Existen dos grandes teorías al respecto: la teoría de la individualización, aceptada por la mayoría, según la cual la *causa petendi* estaría integrada por dos elementos, el fáctico, o sea, el conjunto de hechos, y el jurídico o normativo⁹¹⁷, que constituiría el título

⁹¹⁵ Véase el punto 2. Concurrencia de Normas, del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

⁹¹⁶ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 220-221.

⁹¹⁷ En lo que concierne al elemento jurídico como integrante de la *causa petendi*, TAPIA FERNÁNDEZ, I. [en “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Procesal)”, en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 234 y sigs.; y en *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Edit. La Ley, Madrid, 2000, págs. 115 y sigs.] distingue entre el punto de vista jurídico (o calificación jurídica o razonamiento jurídico o fundamentación jurídica), entendido como el conjunto de consecuencias jurídicas que la ley apunta a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea esa concreta y no otra distinta; y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: las concretas normas aplicables. A su juicio, sólo el segundo subelemento conforma la libertad del juez recogida en las máximas «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*».

o razón de pedir⁹¹⁸; y la teoría de la sustanciación⁹¹⁹, para la cual sólo el primer elemento es constitutivo de la *causa petendi*.⁹²⁰

§ 21.º En suma, los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*» encuentran sus límites no tanto en la concepción dogmática que se acepte de la *causa petendi*, cuanto en la proscripción de la indefensión. Cuando una misma pretensión pueda ser ejercitada por medio de dos o más vías normativas, utilizada una sola de ellas por el demandante, el órgano jurisdiccional sólo podrá modificarla caso ese cambio no genere indefensión. La cuestión que entonces se plantea es la de dilucidar en qué supuestos el cambio de la fundamentación jurídica utilizada por el demandante, realizada por el órgano jurisdiccional, generará indefensión al demandado. Con carácter general, puede afirmarse que habrá indefensión cuando, disponiendo el demandado de elementos de defensa en la acción no ejercitada, no los utilizó precisamente por

⁹¹⁸ Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 140) comparte la idea de Domínguez Luelmo, para quien el art. 218 de la L.E.C. consagra claramente la teoría de la individualización – cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Análisis de sus fronteras.”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum – Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, págs. 142 y 283; siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, A., “Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 384 y sigs.. Antes de la L.E.C. de 2000, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Procesal)”, cit., pág. 268. En este sentido, el tribunal podrá, a la vista de los hechos planteados en la demanda, corregir los errores u omisiones cometidos en ella, siempre que el derecho de defensa del demandado quede incólume [cfr. a la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82)].

⁹¹⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V. [en *La Audiencia Previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 123 y sigs.] es un firme partidario de la doctrina de la sustanciación. Para este autor, el hecho de que la demanda deba contener los fundamentos de derecho (art. 399/4 de la L.E.C.) no exige que las alegaciones jurídicas estén correctamente formuladas. Tales fundamentos jurídicos esgrimidos no vinculan al juez, y también eso mismo se deduce del propio art. 218, cuando obliga a que el juez resuelva conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citados o alegados.

⁹²⁰ Sin embargo, la L.E.C. parece acoger una concepción ecléctica: según el párrafo 2.º de su artículo 218/1, «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

no ser necesario, lo que presupone que, en lo fundamental, aceptó la vía utilizada por el demandante.⁹²¹

§ 22.º La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es clara en cuanto a la concesión al perjudicado de un derecho de opción o de ejercitar su pretensión sustentándola, de forma alternativa o subsidiaria, en normas de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual; así como en lo relativo a la aplicación de los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*» o cuando las partes no coincidan en la naturaleza de la acción ejercitada. En lo que esta jurisprudencia ya no resulta tan unánime es cuando las partes coinciden en la calificación jurídica de los hechos y en la naturaleza de la *causa petendi*; es decir, cuando la demanda se sustenta en la existencia de una responsabilidad extracontractual o en una contractual, siendo aceptada la eventual concurrencia de este tipo de responsabilidad por el demandado. En estos casos, se plantean problemas de indefensión. A la hora de abordar el problema relativo a la indefensión debido a cambio por el órgano judicial de la calificación jurídica de los hechos realizada en la demanda, el Tribunal Supremo incurre no pocas veces en claras contradicciones en relación con su doctrina sobre el principio «*iura novit curia*» y sobre yuxtaposición de responsabilidades, como sucede en la S.T.S. de 7 de octubre de 2002⁹²².

§ 23.º La cuestión que aquí se plantea es en qué consiste la indefensión. Reglero Campos⁹²³ defiende, a propósito de la citada sentencia, que la

⁹²¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 224.

⁹²² En esta sentencia, se suscitaba la cuestión de la aplicación del principio «*iura novit curia*» y la relativa al comienzo del cómputo del plazo de la acción de reclamación de daños. El Tribunal Supremo español sustentó la decisión en el hecho de que la demanda había sido encauzada sólo por la vía de la responsabilidad extracontractual, al estar exclusivamente sustentada en el artículo 1902 del respectivo C.C., señalando que «la facultad de los tribunales en orden a la aplicación del principio «*iura novit curia*», (...) según consolidada doctrina a que ya hemos hecho referencia, (...) tiene como riguroso límite que no se altere la causa de pedir, pues se generaría indefensión para los demandados al verse privados de formular alegaciones y de proponer pruebas acerca de una pretensión que no era la que realmente se debatía en el proceso» (RJ 2003, 357).

⁹²³ En *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 227.

indefensión no puede residir nunca en el resultado, sino en la fase de tramitación de la causa, y consistirá, fundamentalmente, en la privación a una de las partes de los medios de defensa de los que hubiera podido valerse durante la misma o bien en su no utilización por no ser necesario atendida a la concreta acción ejercitada.

§ 24.º Evidentemente que, en casos como los examinados, el demandado tiene siempre la oportunidad de defenderse calificando los hechos de forma distinta a como se hizo en la demanda, oponiendo las excepciones que estime necesarias, y si acepta la calificación jurídica hecha por el demandante lo es porque así conviene a sus intereses, facilitando sus mecanismos de defensa y de oposición a la demanda. Si el órgano judicial considera que la calificación jurídica de los hechos realizada en la demanda y aceptada por el demandado no se corresponde con aquéllos, deberá calificarlos de acuerdo con su naturaleza, con independencia de lo hecho por las partes. Al Juez le vincula el *petitum*, no la calificación de los hechos ni la fundamentación jurídica de la demanda o de la contestación a la misma.⁹²⁴

§ 25.º En la materia en cuestión, intervienen los principios de instancia de parte y de congruencia de las sentencias, que en caso de concurrencia de responsabilidades se manifiestan en la siguiente doctrina: el Juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda, sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de incumplimiento contractual y a la inversa; aun existiendo una relación contractual, el tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, de forma que, habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis con base en la responsabilidad extracontractual, el órgano jurisdiccional no puede desestimar la demanda con el argumento de que debió haberse ejercitado la acción de

⁹²⁴ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 228-229.

incumplimiento contractual, incluso cuando *ad maiorem* se invoquen preceptos sobre este último tipo de responsabilidad; y, finalmente, en modo alguno puede el tribunal alterar los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión. Curiosamente, esta doctrina ha sido tradicionalmente utilizada por la jurisprudencia española para fundamentar resoluciones que, las más de las veces, resultaban favorables al actor, como ocurrió en las ya mencionadas S.S.T.S. de 16 de diciembre de 1986⁹²⁵ y de 30 de diciembre de 1980⁹²⁶.

§ 26.º Atendiendo a alguna jurisprudencia, cabría dudar si la doctrina que se puede extraer de ella, rectamente entendida, no viene a significar que el órgano jurisdiccional se encuentra vinculado no sólo por los hechos aportados por las partes, sino también por la fundamentación jurídica en la que se sustentan las correspondientes pretensiones, contradiciendo de esta manera lo que puede considerarse la línea mayoritaria. El principio «*iura novit curia*» permite al órgano jurisdiccional calificar los hechos de forma diferente a como lo hacen las partes. Es cierto que no se trata de una facultad ilimitada, siendo su límite el principio

⁹²⁵ En la que estaba en causa la reclamación de daños solicitada por los arrendatarios de una vivienda contra el arrendador, por «hundimiento de la techumbre de la casa donde radica el piso de los demandantes, obligando a sus moradores a abandonarla rápidamente (...). En el supuesto ahora visto se ejercitó la acción extracontractual y de manera complementaria se invocó también el contrato arrendaticio», el cual posee un procedimiento especial de la legislación arrendaticia urbana y no se sustenta en los arts. 1902 y sigs. del C.C.. El Tribunal Supremo concedió la indemnización solicitada, por entender que «el tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1902, el tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual, máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa» (RJ 1986, 7447).

⁹²⁶ Donde el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, por considerar que «el tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1902 del Código Civil, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el tribunal de instancia que deseó ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando “ad majorem” se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual (sentencias de 2 de enero de 1964 y 3 de noviembre de 1966) y es que, como declaró esta Sala en sentencia de 10 de febrero de 1966, en modo alguno puede el tribunal alterar los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue admitido a su decisión» (RJ 1980, 4815).

procesal de congruencia de las sentencias cuando las partes coincidan con la calificación jurídica del presupuesto fáctico, lo que constituye una manifestación del principio constitucional de interdicción de la indefensión. Si, por ejemplo, las partes califican su relación jurídica como de contrato de compraventa, siendo así que entre ellas media uno de arrendamiento, es claro que el Juez está facultado para aplicar las normas que disciplinan este último contrato. Sin embargo, el Juez debe aceptar la calificación jurídica de aquéllas cuando tal calificación sea jurídicamente posible, con independencia de que los hechos sean susceptibles de otra calificación diferente. Pero cuando la calificación jurídica de los hechos es clara - manifiestamente contractual o extracontractual - y no coincide con la hecha por las partes, el órgano judicial deberá juzgar atendiendo a la naturaleza de aquéllos, por mucho que las partes coincidan en darle una distinta. El no hacerlo así, alegando una posible indefensión, exige que el Juez manifieste con la suficiente claridad de qué modo se produce esa indefensión y cuál es su manifestación en el caso concreto.

§ 27.º Según esto, y delimitando los términos del debate, aquella doctrina jurisprudencial de respeto a la relación jurídico-procesal establecida por las propias partes queda circunscrita a las hipótesis en las que es jurídicamente posible una múltiple calificación. Si siendo posible encauzar la pretensión indemnizatoria por la vía contractual o por la extracontractual, las partes coinciden en hacerlo según el régimen jurídico de una de ellas, no cree Reglero Campos⁹²⁷ que le esté permitido al órgano judicial la aplicación de uno diferente, salvo que la calificación sea manifiestamente errónea o incorrecta (cfr. al artículo 218.1 de la L.E.Civ.).

§ 28.º En este sentido, y admitiendo que la doctrina de la yuxtaposición de responsabilidades o de “unidad de la culpa civil” y el principio «*iura novit curia*» tienen sus límites donde el cambio de la fundamentación jurídica en que

⁹²⁷ En *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 233-234.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

sustenta el actor la demanda no provoque una situación de indefensión de la parte demandada, el Tribunal Supremo español ha alternado la aplicación del principio de instancia de parte y de congruencia con el principio «*iura novit curia*» atendiendo al interés que, en cada caso, se consideraba más digno de tutela. Así, en diversas sentencias, unas veces mantuvo que sustentar el fallo en una fundamentación jurídica diferente a la expresada en la demanda generaría

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

indefensión al demandado⁹²⁸ y otras consideró que el cambio de fundamentación jurídica de la demanda no supondría indefensión a la parte demandada^{929, 930}

⁹²⁸ Cabe destacar, entre ellas, la S.T.S. de 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2053), según la cual «hay excepciones al uso del "iura novit curia", como son los supuestos en que la aplicación de una norma jurídica no invocada, provoca la indefensión de quien no puede pensar en los argumentos que signifiquen su inaplicación (sentencia de 13 de diciembre de 1996). En este sentido dice la sentencia de 10 de octubre de 2002 "que para una perfecta congruencia de la sentencia es preciso que el punto de vista jurídico de la misma, se haga con acatamiento del componente jurídico de la acción que se ejercita (sentencias de 7 y 15 de diciembre de 1993 y 21 de junio de 1994)", y añade; "es más, como dice la sentencia de 30 de diciembre de 1980, si se ejercita la acción extracontractual, invocando los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, no se puede alterar el núcleo de la cuestión, para resolverla como si se hubiera ejercitado la acción devenida del contrato o de su incumplimiento; y lo mismo ha de acaecer en un planteamiento a la inversa. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 14 de febrero de 1994 y la de 8 de octubre de 1995". Después de señalar el distinto régimen jurídico a que se encuentran sometidas las acciones extracontractual y la contractual, dice la sentencia de 18 de octubre de 1995: "De ahí que no es lo mismo condenar al demandado por una u otra culpa, según el criterio del órgano judicial, salvo que el actor se haya limitado a exponer los hechos y su petición de indemnización, dejando a aquél la selección de la norma aplicable. Por tanto, si no se ha ejercitado acción de responsabilidad contractual, no se puede condenar a "F.S.A." por ella, ya que la dejaría en indefensión al no haber podido alegar nada sobre la cuestión en los escritos expositivos del pleito. Es ésta doctrina de esta Sala que cita en su fundamento jurídico segundo. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Juzgador no puede alterar de oficio la acción ejercitada, "pues, si tras haber ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "Thema decidendi" (sentencia 222/1994, de 18 de julio, Sala 2ª)".»

⁹²⁹ Sirva de ejemplo, en este caso, la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82), pronunciada con motivo de una reclamación de daños causados por el defectuoso funcionamiento de una escalera mecánica en el recinto de una estación de ferrocarril. La demanda se sustentó en los artículos 1902 y concordantes del C.C., siendo desestimada por el Juzgado de 1.ª instancia, cuya sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial. En el recurso de casación, la entidad demandante (RENFE) alegaba que la sentencia de la Audiencia no se atuvo a la acción ejercitada en la demanda, que fue siempre la fundada en el mencionado artículo 1902 por culpa extracontractual, siendo que la acción había prescrito por el transcurso de dos años y dos meses entre la fecha de los hechos y la primera reclamación dirigida a la recurrente. El Tribunal Supremo sigue la senda de la citada S.T.S. de 7 de octubre de 2002 (RJ 2003, 357), «pues si el requisito de la congruencia se aborda desde una perspectiva constitucional parece que lo decisivo es que el demandado no sufra indefensión para, así, respetar lo que dispone el artículo 24.1 de la Constitución, indefensión que podría darse sobre todo si, fundada la acción en el artículo 1902 del Código Civil y siendo por tanto aplicable el plazo de un año conforme al artículo 1968-2º del mismo Cuerpo legal, el demandado se defendiera únicamente de su culpa extracontractual oponiendo dicho plazo de prescripción y, sin embargo, se viera luego sorprendido por una sentencia que rehazase su aplicabilidad para, en cambio, considerar aplicable el de quince años del artículo 1964 del Código Civil por encuadrar el caso en la responsabilidad contractual»; considerando el alto tribunal que tal no se verifica en el caso concreto.

⁹³⁰ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 233-237.

§ 29.º En el ordenamiento jurídico portugués, la congruencia como principio referente al desarrollo del proceso no ha sido adoptada de forma expresa, como sucede con la legislación procesal española⁹³¹, pero encuentra asiento en los artículos 5⁹³² y 609⁹³³ del Código de Proceso Civil (C.P.C.)⁹³⁴. Como es sabido, este principio, que expresa los límites del juicio jurisdiccional, fundamentalmente en el pronunciamiento del veredicto, se desdobra en tres vertientes o se asume como orientador de tres proposiciones paradigmáticas: la adecuación de la sentencia a las pretensiones de las partes, de manera que aquella dé sustentada respuesta a todas ellas; la correlación entre las pretensiones de tutela y los pronunciamientos de la decisión; y la armonía entre lo solicitado y lo decidido. Una sentencia es congruente en la medida en que decide en la coherencia interna del proceso y es incongruente, aunque revelando coherencia en su argumentación lógico-racional, si se aparta de la estructura performativa que resulta de la composición de intereses puestos en tela de juicio en la causa. Pueden ocurrir incongruencias cuando dejen de hacerse declaraciones que las pretensiones requieran o se omitan decisiones sobre puntos litigiosos en la sentencia⁹³⁵. La doctrina alemana y austríaca hablan, en

⁹³¹ En el artículo 218 de la L.E.Civ..

⁹³² Según el cual, «a las partes cabe alegar los hechos esenciales que constituyen la causa de pedir y aquéllos en que se basan las excepciones invocadas» y «el juez no está sujeto a las alegaciones de las partes en cuanto a la indagación, interpretación y aplicación de las normas de Derecho».

⁹³³ Sobre los límites de la condena.

⁹³⁴ Aprobado por la Ley n.º 41/2013, de 26 de junio (publicada en el D.R. n.º 121/2013, Serie I, de 2013-06-26), con última actualización aprobada por Lei n.º 117/2019, de 13 de septiembre (publicada en el D.R. n.º 176/2019, Série I, de 2019-09-13) [en el sitio de Internet: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>].

⁹³⁵ En el ordenamiento jurídico español, véase la S.T.S. de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988), según la cual «es doctrina de esta Sala (1.ª) que el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible (S.S.T.S. 15-12-95, 7-11-95 y 4-5-98). De este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido (S.S.T.S. 22-4-88, 23-10-90, 14-11-91 y 25-1-94), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan,

este caso, del "instituto del procedimiento de integración". En este supuesto, si ocurre omisión de pronunciamiento no existe violación del principio de congruencia, sino que de lo que se trata es de una sentencia incompleta y lo que habrá es que completarla, mediante petición de la parte. Según esta corriente, este vicio se designa "incongruencia omisiva", en violación de lo que se denomina principio de exhaustividad⁹³⁶. La regla de congruencia o coherencia, que debe cumplirse entre las alegaciones de hecho, no se aplica a las alegaciones de derecho de la demanda o de la contestación, ya que puede ocurrir divergencia o disconformidad entre estas alegaciones y la decisión, debido a que el tribunal no está sujeto ni vinculado a las alegaciones jurídicas o indicaciones normativas que las partes suministren.

§ 30.º En esto se consubstancia el principio «*iura novit curia*»: el tribunal conoce del derecho porque el derecho no tiene que ser probado, por lo que el tribunal puede y debe aplicar el derecho que conoce como estime más acertado, siempre que se atenga a la causa de pedir, es decir, al genuino fundamento - no a la motivación - de la pretensión. El presupuesto de la correcta aplicación de la regla «*iura novit curia*» es doble: en primer lugar, que el tribunal respete, en su esencia, la *causa petendi* de la pretensión del litigante; y, en segundo lugar, que los demás litigantes hayan podido, del mismo paso que el tribunal, conocer y

si bien esta permisión tiene como límite el respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras (S.S.T.S. 11-10-89, 16-4-93, 29-10-93, 23-12-93, 25-1-94 y 4-5-98), pero sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes (S.S.T.S. 30-4-91 y 13-7-91), o por el tribunal (S.S.T.S. 22-6-83, 20-6-86 y 16-3-90)».

⁹³⁶ Como recuerda el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 820), la incongruencia omisiva o *ex silentio* «se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 25/2012, de 27 de febrero, y 40/2006, de 13 de febrero)». Véanse también, con relación a este tema, la S.T.C. de 27 de febrero de 2012 (RTC 2012, 25), la S.T.S. de 5 de julio de 2017 (RJ 2017, 3685), la S.T.S. de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 984) y la S.T.S. de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2254).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

confrontar ese genuino fundamento de la pretensión, lo que equivale a la observancia de los principios de igualdad de las partes y de audiencia o de contradicción. La ley delinea y modela la sentencia -cfr. al artículo 607 del C.P.C.- puntuando las partes en que se estructura y las cuestiones que debe apreciar y decidir. Delineada la estructura de este acto jurisdiccional, el desvío del modelo generado por el legislador ocasiona una patología en la formación y estructuración de la decisión susceptible de viciar el acto de nulidad. La nulidad de la sentencia - cfr. al artículo 666, apartado 1, del C.P.C. - por omisión de pronunciamiento, en cuanto a cualquiera de las cuestiones que la parte alegó y quiso someter a la decisión del tribunal, se conecta de forma inderogable con lo estipulado en el apartado 2 del artículo 608 del C.P.C., cuando establece que «el juez debe resolver todas las cuestiones que las partes hayan sometido a su apreciación, exceptuadas aquéllas cuya decisión esté perjudicada por la solución dada a otras; no puede ocuparse más que las cuestiones suscitadas por las partes, salvo si la ley le permite o impone el conocimiento oficioso de otras».⁹³⁷ Así, «la omisión de pronunciamiento constituye una incompletud de la decisión que puede subsanarse por la integración, en el acto decisorio, de la apreciación, por el tribunal que la pronunció, de la cuestión que la sentencia omitió»⁹³⁸.

⁹³⁷ Cfr. REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª Ed., 2012, págs. 52-58 y 142-143.

⁹³⁸ Cfr. a la sentencia del S.T.J. de 10-07-2012 (Proceso: 1400/04.2TBAMT.P1.S1), sobre un accidente ocurrido en la piscina de un Parque Acuático. En el momento en que el actor se preparaba para resbalar por el tobogán, la utilización del mismo fue suspendida por los vigilantes del Parque, con motivo de la paralización del caudal de agua que circulaba por él, causada por sucesivas interrupciones de energía eléctrica, debido a las tormentas que entonces se verificaban; pero cuando el agua volvió a correr, el actor se sentó en el alto del tobogán con las piernas hacia adelante, cambiando la posición en que seguía durante el recorrido, pasando a deslizarse de rodillas y después tendido de cabeza hacia adelante, en contra de las normas de seguridad del Parque Acuático. En virtud del impacto provocado por la entrada en el agua en la posición ventral, el cuello del actor sufrió una flexión forzada, lo que le provocó una tetraplejia y se quedó con una discapacidad del 80%. Este cuadro clínico es irreversible, lo que le impide desempeñar cualquier tipo de actividad y ejercer la profesión de futbolista profesional. El tribunal de primera instancia absolvió las demandadas (la sociedad propietaria y la sociedad concesionaria del Parque Acuático) y el de segunda instancia mantuvo inalterada la resolución dictada en Primera Instancia, de la cual el actor interpuso un recurso ante el Supremo Tribunal de Justicia. Estima el recurrente que «(el) tribunal *a quo* no ha apreciado los diversos marcos jurídicos en el ámbito de la responsabilidad civil, en particular la hipótesis de responsabilidad contractual, o incluso la responsabilidad por el riesgo, por lo que la (...) Decisión impugnada es

VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

§ 1.º Como ya hemos constatado, una vez delimitado el ámbito de la responsabilidad contractual, parece muy sencillo delimitar el de la responsabilidad extracontractual, si se estima suficiente la siguiente reflexión: siempre que no se reúnan los requisitos necesarios para que sea contractual la responsabilidad, el perjudicado puede situarse en el terreno de la responsabilidad extracontractual⁹³⁹. En principio, podrá decirse que la responsabilidad es contractual siempre que entre las partes inmersas en el hecho dañoso exista un contrato o relación obligatoria previa y que los daños causados se deban a un defectuoso cumplimiento o a un incumplimiento de las obligaciones derivadas de aquella relación. De este modo, la responsabilidad extracontractual se produciría con total independencia de las posibles obligaciones (sean contractuales o de otra naturaleza) existentes entre las partes.⁹⁴⁰

§ 2.º Sin embargo, cuando el daño producido se sitúa en la llamada “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual⁹⁴¹, o sea, cuando un mismo hecho dañoso es susceptible de ser

nula, por omisión de pronunciamiento, en conformidad con el artículo 668.1, d), del (antiguo) C.P.C.». El alto tribunal portugués desestimó la pretensión.

⁹³⁹ Véase, a este respecto, el capítulo IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRA CONTRACTUAL.

⁹⁴⁰ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 57-58.

⁹⁴¹ En España, es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, cit., págs. 831 y sigs., que presenta como ejemplo de caso fronterizo el del depositario que, intencionalmente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada, considerando que: «El depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la delictual, (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor».

encuadrado en ambas esferas de responsabilidad civil⁹⁴², la situación creada determina que existan dos regímenes normativos que resultan aplicables al caso, con sus consiguientes diferencias de trato⁹⁴³. Justamente a propósito de esta cuestión, surgió la controversia relativa a lo que se ha denominado (con bastante impropiedad) acumulación o no acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual.⁹⁴⁴

§ 3.º La idea de que la responsabilidad contractual constituye la particularidad al régimen ordinario, que es el de la responsabilidad extracontractual, ha sido, en el Derecho francés, entre otros, el origen de la regla del “*non cumul*”, la cual contribuyó a acentuar y a endurecer los contornos de la distinción tradicional, al prohibir la utilización de los principios de la responsabilidad extracontractual en el ámbito reservado a la responsabilidad contractual. En la senda de Viney, se entiende que, mientras el ámbito de la responsabilidad contractual se define por la existencia de ciertas condiciones positivas, el de la responsabilidad extracontractual se determina negativamente por la ausencia de alguna de esas condiciones, teniendo este último régimen una vocación simultáneamente general y residual, para abarcar toda situación que no esté sometida al régimen de la responsabilidad contractual. Es decir, el régimen extracontractual se aplica no solamente a los daños causados por la inexecución de obligaciones extracontractuales, cualquiera que sea su origen, sino también a ciertos daños que presentan relación con un contrato y en los que

⁹⁴² Yzquiero Tolsada señala que no se incluyen en esta situación, por una parte, el supuesto de un mismo hecho, protagonizado por una pluralidad de agentes, hacer generar en cada uno de ellos una especie distinta de responsabilidad; por otra, el supuesto de un mismo hecho, de autor único, generar responsabilidad de ambos tipos y por distintos títulos; y, por otra todavía, el caso del incumplimiento del contrato dañar también a un tercero extraño a la relación, además de ocasionar un perjuicio al cocontratante – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 130 y sigs..

⁹⁴³ El conflicto se agrava por el contraste existente entre el carácter limitado del ámbito asignado al régimen contractual y la vocación, prácticamente ilimitada, reconocida al régimen extracontractual, lo cual ha favorecido las tentativas de invasión de aquél por parte de éste.

⁹⁴⁴ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 58-60.

falta alguna condición para que se determine la aplicación del régimen contractual.⁹⁴⁵

§ 4.º Existen dos fundamentos para el que podríamos designar principio de interdicción de la acumulación de responsabilidades. Uno de carácter normativo o legislativo, que aporta un primer razonamiento de orden lógico, según el cual el ordenamiento jurídico no puede imponer a dos personas diferentes dos deberes distintos a la vez en protección de un mismo interés. De acuerdo con Cavanillas Múgica⁹⁴⁶, la interpretación de las normas debe conducir a la evitación de las antinomias y, precisamente por ello, se llegaría inexorablemente a la teoría de la no acumulación. Pero, además, si se admitiera la concurrencia de la responsabilidad extracontractual en los daños producidos en el interior de una relación contractual, sobraría toda la normativa que el Código Civil dedica a la responsabilidad contractual. Por último, estaría también el principio de la seguridad jurídica, que, en esta materia, exige el respeto de categorías o conceptos jurídicos legalmente acuñados, como son los de responsabilidad contractual y extracontractual. El otro fundamento, de carácter convencional o voluntario, parte de la voluntad de las partes expresada – de una u otra forma – en el contrato. Si el contratante dañado pudiera, a falta de responsabilidad contractual, invocar la responsabilidad aquiliana, el contrato ya no tendría más transcendencia entre las partes, lo que supondría negar el principio de que la medida de la obligación asumida por los contratantes queda sometida, precisamente, a la “ley del contrato”. De lo cual se deduce que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual poseen dos campos de aplicación distintos, que no pueden concurrir respecto de una misma

⁹⁴⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 66-67.

⁹⁴⁶ El cual realizó una síntesis de las versiones que los partidarios de la “no acumulación” hacen de las relaciones existentes entre las normativas de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual [en “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, inserido en *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 61-63].

situación jurídica, y que, por tanto, el perjudicado no posee opción para elegir entre la aplicación de uno y de otro régimen, ni menos aún para acumular ambos.⁹⁴⁷

§ 5.º Así, caben las siguientes alternativas para la resolución del problema del concurso de responsabilidades contractual y extracontractual: o bien que se considere que se trata de dos pretensiones resarcitorias diferentes, jurídicamente autónomas e independientes entre sí (fundada una pretensión en las normas sobre responsabilidad contractual y la otra en las normas sobre responsabilidad extracontractual), por lo que nos hallamos ante un supuesto de concurrencia de pretensiones (*Anspruchkonkurrenz*); o bien que se entienda que lo que existe es una única pretensión resarcitoria, basada en un evento dañoso único, por lo que estamos en este caso ante un supuesto de concurrencia de normas fundamentadoras de una única pretensión (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)⁹⁴⁸. Veamos más detenidamente ambas soluciones citadas:

⁹⁴⁷ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 68-69.

⁹⁴⁸ En la dogmática procesal, la posibilidad de la concurrencia de pretensiones se basa en la llamada doctrina de la individualización, suponiendo que toda *causa petendi* se integra por el elemento fáctico y el normativo o propiamente jurídico. Trasladados al terreno de los litigios de responsabilidad civil, aunque el actor siempre busque quedar resarcido de su perjuicio, no es indiferente que base su reclamación en el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato por parte del demandado o que lo haga al amparo del incumplimiento de un genérico deber de no dañar al prójimo. Mientras que la hipótesis del concurso de normas se sustenta sobre la denominada doctrina de la sustanciación, que presenta la *causa petendi* como algo exclusivamente integrado por el elemento fáctico o relato histórico sobre el que el actor ha querido basar su pretensión. - Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 130 y sigs.; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Análisis de sus fronteras.”, cit., págs. 113 y sigs.. Antes de la L.E.C. de 2000, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Procesal)”, cit., págs. 209 y sigs..

1. Concurrencia de pretensiones

§ 6.º En el supuesto de que el concurso de responsabilidades contractual y extracontractual se considere de dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes⁹⁴⁹, hay que abrir de nuevo dos hipótesis con las respectivas teorías:

a) Incompatibilidad de responsabilidades: la teoría de la absorción

§ 7.º Si se parte de la incompatibilidad de responsabilidades, al existir una relación obligatoria precedente, ello excluye la posibilidad de formular la pretensión de responsabilidad extracontractual para el resarcimiento de unos daños derivados precisamente del incumplimiento de los deberes integrantes de la mencionada relación obligatoria⁹⁵⁰. Tratándose de pretensiones resarcitorias distintas con regímenes jurídicos separados, como opina Yzquierdo Tolsada⁹⁵¹,

⁹⁴⁹ Lo que estaba bien asentado en la doctrina de la Sala 1.ª del T.S. español, como se puede verificar por la sentencia de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4815), donde se puede leer que: «En los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción (contractual y extracontractual) sea la misma persona, es decir, el acreedor contractual y que la doble infracción haya sido cometida por una persona, el deudor contractual, por sí o por medio de sus dependientes; sin que ello suponga poder exigir en ningún caso dos responsabilidades, sino simplemente elegir entre una u otra de las acciones que tienen el mismo fin».

⁹⁵⁰ Permitirlo supondría tolerar la ingerencia de la normativa extracontractual en el ámbito propio de la contractual, lo que llevaría a la modificación tanto del contenido de las obligaciones derivadas del contrato como de su particular régimen - según BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 71.

⁹⁵¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 134 y sigs., para quien ésta será la teoría dogmáticamente correcta, «si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales. No otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del art. 1902, precepto que, si sirve para invocarlo en las pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento contractual al socaire de un mal

de lege lata, no cabrá otra opción sino colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde, de tal forma que el demandante no pueda acudir a la acción extracontractual en caso de que existiera una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado, pues la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido deseada por las partes. Si éstas han sometido ese interés a una particular tutela y, por ello, lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente, no puede ser jurídicamente serio el que, según las necesidades o conveniencias, el perjudicado opte por situar su pretensión en la esfera extracontractual. Debido a los factores de integración contractual⁹⁵² y a los deberes accesorios derivados del contrato (las llamadas “obligaciones de seguridad”), éste absorbe por su *vis atractiva* todo lo que se halla en su órbita natural, por lo que los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual.⁹⁵³

entendido carácter general, bien podría valer también para que se suprimiera buena parte del Código Civil y se reemplazara por el indicado precepto» (en el mismo sentido que SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., “La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana, en *Revista de Derecho Privado*, 1972, págs. 965 y sigs.).

⁹⁵² Previstos en el ordenamiento jurídico español en el art. 1258 de su C.C., entre los cuales se encuentra la buena fe. De hecho, si los tribunales españoles dieran al mencionado art. 1258 la aplicación que merece, no haría falta, para proporcionar a la víctima el resarcimiento más amplio posible, que los demandantes jugasen con los dos regímenes normativos, extrayendo los preceptos que más interesan de uno o de otro.

⁹⁵³ La tesis de la absorción ha encontrado mucho éxito en Italia; pero sobre todo en Francia (merced de la regla del “*non cumul*”), donde los tribunales tomaron firmemente partido contra las tentativas de intrusión de la normativa extracontractual en el campo de la contractual, por la amenaza que ello supone en cuanto a la nada deseable modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del particular régimen que éstas poseen (por todos, véanse MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., pág. 192; y VINEY, G., “Les obligations. La Responsabilité: conditions”, cit., págs. 262 y sigs.). En España, en bastantes ocasiones el Tribunal Supremo ha negado la aplicabilidad de las normas extracontractuales, como sucedió en la S.T.S. de 13 de junio de 1962 (RJ 1962, 3168), la S.T.S. de 26 de junio de 1975 (RJ 1975, 2613), la S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250), la S.T.S. de 4 de junio de 2004 (RJ 2004, 3985) y la S.T.S. de 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 4608). En la doctrina, se han mostrado partidarios de la tesis de la absorción DE COSSÍO, A., “El dolo en el derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 105; y, más recientemente, PANTALEÓN, en los comentarios doctrinales publicados en C.C.J.C. n.º 4 (págs. 1257 y sigs.), n.º 5 (págs. 1645 y sigs.), n.º 6 (págs. 1869 y sigs.) y n.º 8 (págs. 2609 y sigs.).

§ 8.º Dado que la teoría de la absorción de la acción contractual en la aquiliana demuestra demasiado desprecio por la “ley del contrato”, que fue libremente asumida por las partes, está más difundida, en cambio, la teoría de la absorción de la acción aquiliana en la contractual, fundada en la idea de que, para resarcir el daño producido por el incumplimiento contractual, las partes pueden prever y proveer como mejor estimen conveniente, según el principio de la norma meramente supletoria, mientras que, para las obligaciones derivadas del hecho ilícito, «uno se convierte en acreedor sin quererlo», si bien, claro está, la ley debe proteger al perjudicado⁹⁵⁴.

b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción

§ 9.º Los partidarios de la acumulación de responsabilidades admiten que la responsabilidad aquiliana pueda aplicarse entre los propios contratantes. Si se considera que se trata de pretensiones resarcitorias distintas con regímenes jurídicos separados, el contratante perjudicado por un daño causado por otro no podrá invocar una y otra responsabilidad (en suma, uno y otro régimen resarcitorio), porque con ello obtendría una doble reparación del perjuicio. Por consiguiente, la acumulación sólo permite la opción entre la acción extracontractual y la contractual; es decir, la alternativa o disyuntiva en la aplicación de ambos regímenes, nunca la evocación simultánea y, por tanto, copulativa. De donde se deduce que la cuestión debatida no es la de una “acumulación” radicalmente imposible, sino simplemente la de una “opción” por uno u otro régimen legal.⁹⁵⁵

⁹⁵⁴ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 72.

⁹⁵⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 95.

§ 10.º Así, ante dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes, la opinión más extendida consagrada por la jurisprudencia española⁹⁵⁶ es que, según la regla de la opción, la víctima debe elegir entre una u otra vía: contractual o extracontractual. Una vez efectuada la opción, ya no podrá posteriormente ampararse en el régimen excluido, pues ello supondría «*venire contra factum proprium*» y modificar la *causa petendi* - lo que sería inaceptable en un sistema de justicia rogada. Por la misma razón, tampoco podrá plantear recurso posterior ante la instancia superior cambiando la primitiva calificación, dado que tal equivaldría también a una *mutatio libelli* – igualmente inadmisibile. Desde el lado del juzgador, la opción le vincula de la misma forma, no pudiendo aplicar las normas contractuales si el actor situó su pretensión en el terreno extracontractual, porque esto llevaría a que se dictara una sentencia con vicio de incongruencia. En cambio, si la demanda es rechazada, el perjudicado podrá iniciar nuevo proceso y utilizar en él la vía que excluyó primitivamente, pues, al tratarse de pretensiones autónomas e independientes entre sí, no hay cosa juzgada ni litispendencia^{957, 958}

⁹⁵⁶ El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la admisibilidad de la opción, como más beneficiosa para el éxito de la acción, en muchas ocasiones [como ocurre en la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668), donde concede «reconocer que en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro («alterum no laedere»), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen»].

⁹⁵⁷ Sin embargo, una vez aprobada la vigente L.E.C., tal consecuencia se trata de un ejercicio puramente teórico, ya que su art. 400 es claro al respecto: «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior». El tribunal no puede cambiar el título jurídico esgrimido por las partes, porque incurriría en incongruencia, pero sí aplicar las normas que considere aplicables, aunque no hayan sido acertadamente citadas o invocadas por los litigantes, y siempre manteniéndose la *litis* hasta el final por el mismo cauce elegido por el actor (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Análisis de sus fronteras.”, cit., pág. 283).

⁹⁵⁸ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 98; e YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 132.

§ 11.º En definitiva, los partidarios de la teoría de la opción (también llamada teoría del concurso de acciones) vienen a entender que la existencia de contrato no excluye la tutela aquiliana del crédito, ya que la normativa contractual viene a ser un añadido de la protección aquiliana creada por la ley, no pudiendo los contratantes eliminar la tutela general, que se limitan a reproducir en sus convenciones.⁹⁵⁹

§ 12.º La pretensión del contratante perjudicado de situarse en el terreno aquiliano – si le resulta más favorable que el contractual - puede darse, en la perspectiva material de la aplicación de la regla de la opción, tanto en caso de que el daño se haya producido por el incumplimiento de una obligación contractual como en caso de que no resulte de tal incumplimiento. Véamos cuáles serán los límites de sus posibilidades de actuación:

§ 13.º En el primer caso, cuando exista la pretensión de localización del daño causado por incumplimiento de una obligación contractual en sede aquiliana, el contratante opta por ejercitar su acción en el ámbito extracontractual⁹⁶⁰, aunque padezca el daño por causa directa del incumplimiento del contrato, por entender serle más favorable⁹⁶¹. En el supuesto de que el incumplimiento del contrato resulte de una infracción penal, se considera en la senda de Mazeaud y Tunc que, si nada debe impedir, por supuesto, al acreedor constituirse como parte civil ante la jurisdicción penal, en

⁹⁵⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 132.

⁹⁶⁰ Suele negársele al acreedor la acción aquiliana si el deudor ha incurrido sólo en culpa *strictu sensu*, pero se le concede, en cambio, si el primero prueba el dolo y la culpa lata del deudor.

⁹⁶¹ Los objetivos en que este interés práctico se materializa pueden ser variados: pretender obtener un resarcimiento integral *ex art. 1902 del C.C. español*, pretensión más dudosa en sede contractual; resultar más ventajosa la regla de distribución de responsabilidad, si se sitúa en el terreno aquiliano, lo cual no sólo redundará en la posibilidad de facilitar el ejercicio de la acción, sino incluso la propia ejecución de la condena pronunciada; pretender buscar el éxito de la actuación de una regla de atribución de la responsabilidad, derivada de los distintos criterios de imputación que rigen en ambas sedes de responsabilidad (previsibilidad del daño y su relación con el dolo y la culpa); procurar eludir una cláusula de irresponsabilidad a favor del deudor, pensada para el caso de incumplimiento, al recurrir al régimen extracontractual; o intentar escapar de una prescripción más corta, sea por haberse pactado así, sea por disposición legal.

virtud del delito cometido por el deudor con ocasión del contrato, ello no supone que sea necesario concederle la acción civil aquiliana. Según tal entendimiento, el acto no se convierte en doble por el hecho de que la infracción se separe del incumplimiento, pues, en realidad, no existe sino un sólo acto que es el incumplimiento del contrato⁹⁶². En el supuesto de que el incumplimiento del contrato provenga del dolo del deudor, siendo *communis opinio* que el acreedor puede reclamar al deudor una reparación integral del perjuicio padecido, se minimiza el interés práctico del problema de la opción, al menos en cuanto a este aspecto de la extensión del resarcimiento⁹⁶³. En la doctrina española, se entiende que, si bien el dolo de un contratante impide la aplicación de la mayor parte de las disposiciones contractuales que le puedan ser favorables, ello no significa que esta severidad del legislador haya de justificarse acudiendo a la responsabilidad extracontractual, ni siquiera bajo la supuesta consideración de que el deudor de mala fe actúa como un tercero y como tal debe ser tratado; lo que se reputa como rechazable si se tiene en cuenta que las relaciones entre deudor y acreedor perjudicado están determinadas por la relación contractual

⁹⁶² En la doctrina española, PANTALEÓN PRIETO (a propósito del comentario al Art. 1902, en *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, cit., 1991, pág. 1973) advierte que «aunque la existencia de los arts. 19 a 22 y 101 a 108 C.P. y el tenor de los arts. 1902 y 1903 C.C. hacen explicable la equivocación, es un grave error sostener, como lo ha hecho una nutrida jurisprudencia de la Sala 1.ª del T.S. (por ej. S.T.S. 30-IV-59, 9-II-61, 25-II-63, 13-X-65, 25-III-67, 4-VII-70, 22-II-71, 25-I-74, 2-I-78, 20-X-81, 27-II-87 y 1-IV-90), que la mal llamada “responsabilidad civil derivada de delito” tiene un fundamento, naturaleza jurídica y finalidad diferentes a los de responsabilidad regulada en los arts. 1902-1910 C.C., esto es, que se trata de dos pretensiones distintas e independientes. No puede afirmarse que sea el delito el fundamento de la primera y el mero ilícito civil el de la segunda. El fundamento es siempre un daño (aunque haya delito, si no se produce daño, no hay responsabilidad civil) atribuible al responsable (que puede no ser el responsable criminal – v. arts. 21 y 22 C.P.) mediante el oportuno criterio de imputación (culpa, riesgo); con independencia de que, además del supuesto de hecho de la norma de responsabilidad civil, la conducta dañosa integre o no el supuesto de hecho de una norma penal (S.T.S. 17-II-85 y 18-X-88; S.T.S. 2.ª 20-II-79, 26-X-79, 20-X-81, 2-XI-81, 8-VI-82, 14-VII-82, 30-III-83 y 31-I-89). Son razones de economía procesal, las que han motivado que el ordenamiento haya habilitado a los tribunales penales para que, en los supuestos de sentencia condenatoria (o, excepcionalmente, absolutoria – v. art. 20 II C.C.), puedan pronunciarse sobre las cuestiones resarcitorias, puramente civiles (v. art. 117 C.P.). La doble regulación de la materia en los Códigos Penal y Civil no es prueba de la existencia de dos pretensiones de naturaleza diferente, cada una con su específico régimen jurídico. Estamos ante un “concurso de normas fundamentales de una única pretensión” (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)».

⁹⁶³ Al que se añade la prohibición de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad ex art. 1.102 del C.C. español.

voluntariamente creada por ellos mismos, descartándose la hipotética relación entre terceros.⁹⁶⁴

§ 14.º En el segundo caso, cuando haya la pretensión de localización en sede aquiliana de un daño no resultante del incumplimiento de una obligación contractual, al no poder alegar la víctima, por hipótesis, las reglas contractuales, aún existiendo contrato, no tendrá posibilidad alguna de indemnización si, eventualmente, se le negase acogerse a los artículos 1902 y siguientes del C.C. español, por existir relación contractual. Entonces, cabe preguntarse, en la senda de Mazeaud y Tunc, si de permitir la acción aquiliana no se irá contra la voluntad de las partes, imponiendo al contratante deudor una obligación no pactada, lo que supondría “ensanchar el círculo del contrato”. Según estos autores, habría que distinguir el supuesto de que esa obligación no hubiese sido pactada por estimarlo innecesario las partes, de aquél otro en que quisieron expresamente excluirla. En el supuesto de ausencia de pacto protector del daño, nos encontramos con que las partes no han creado determinada obligación contractual, porque conocían la existencia de una obligación extracontractual de suficiente protección para ellas, y, por tal razón, no han estimado preciso pactar aquélla. El hecho de que los contratantes no hayan explicitado esta obligación en el contrato no significa, en manera alguna, que la hayan rechazado. En cambio, en el otro supuesto de exclusión de un eventual pacto protector del daño, nos encontramos que si las partes no han pactado determinada obligación en el contrato será porque quisieron excluirla, a fin de evitar que pueda ser fuente de responsabilidad un hecho contrario a esa obligación. Si el dueño de un garage estipula que no se compromete a adoptar las precauciones necesarias para evitar que se hiele el agua de los radiadores de los automóviles que guarda en su local, en el ejemplo de MAZEAUD y TUNC, y el agua del radiador de un automóvil llega a helarse, el perjudicado no podrá situarse en el terreno de la

⁹⁶⁴ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 110-115.

responsabilidad contractual, pues no existe incumplimiento de una obligación de esa índole.⁹⁶⁵

2. Concurrencia de Normas

§ 15.º En el supuesto de que en el concurso de responsabilidades contractual y extracontractual existe una sola y única pretensión resarcitoria, basada en un evento dañoso único, estaremos ante la dualidad de normas fundamentadoras de una única pretensión que concurren entre sí⁹⁶⁶. Según la teoría del concurso de normas⁹⁶⁷, el dañado deberá apenas limitarse a ofrecer al Juez los hechos en que apoya su demanda y a solicitar la indemnización correspondiente, pues la calificación jurídica de aquéllos carece de relevancia:

⁹⁶⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 116-117.

⁹⁶⁶ En la jurisprudencia española, el T.S. parecía utilizar indistintamente las fórmulas de la opción y del concurso de normas [como sucede en la S.T.S. de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7447), en la cual si por una parte se defiende que «el tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis a base del artículo 1902, el tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual, máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa» (teoría de la opción); por otra parte se entiende que «está bien aplicado el artículo 1902 aunque en la demanda por argumento «ad maiorem» se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual» (teoría del concurso de normas) – cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 136 y sigs.]. Tal conjunción ha llevado el alto tribunal al llamado criterio del “fallo justificado”, según el cual, aun juzgando con arreglo a unas u otras normas de responsabilidad, el fallo sería el mismo [véase la controvertida S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250), que considera que sea «cual sea la naturaleza de la culpa base de la indemnización decretada en favor de los demandantes, señalándose en el primero de los motivos la violación por el concepto de falta de aplicación de los artículos 1091. 1101 y 1105 y el segundo la indebida aplicación, en relación con los dos últimamente citados y con el 413 del Código de Comercio, de los artículos 1902 y 1903. siempre del Código Civil con la excepción expresada; (...) deben claudicar ambos motivos porque el recurso, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, se concede contra el fallo, cuya procedencia no se cuestiona, más no contra los considerandos de la sentencia, de suerte que, conduciendo los que apoyan el fallo, al igual que los propuestos como alternativa por el recurso, al mismo resultado de la procedencia del fallo combatido, es ocioso el plantear la cuestión que se trae a la consideración de esta Sala con manifiesto propósito dilatorio del cumplimiento de lo ejecutoriado»].

⁹⁶⁷ Cuajada en la segunda mitad de los años 80 del siglo pasado.

el tribunal es el único competente para efectuar dicha calificación, con la plena libertad derivada del principio «*iura novit curia*», de modo que podrá cambiar la fundamentación jurídica de la demanda, sin que ello suponga vicio de incongruencia⁹⁶⁸. Así, se parte del supuesto de que se está ante una única pretensión, el objeto al que se dirige será único (el resarcimiento), así como única la causa de pedir (el daño producido).⁹⁶⁹

§ 16.º La jurisprudencia española se ha mostrado decidida a admitir, sobre todo en materia sanitaria⁹⁷⁰, pero también en otras materias⁹⁷¹, la yuxtaposición

⁹⁶⁸ En materia de responsabilidad médica, la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240) acoge esta tesis, afirmando que: «Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico».

⁹⁶⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., (en *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 136 y sigs.); y BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 143-147].

⁹⁷⁰ La citada S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240), en un caso de responsabilidad médica debido a la infección por los virus de la hepatitis C y del V.I.H. en consecuencia de una transfusión sanguínea, mantiene que «debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada "unidad de la culpa civil" (Sentencias de 24 de marzo y de 23 de diciembre de 1952, entre otras) que en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual" señalan como "doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro"; (...) criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (Sentencia de 20 de diciembre de 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993)" o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas completo posible" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993)».

⁹⁷¹ Sirva como ejemplo la S.T.S. de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8678), en la que estaba en causa el fallecimiento del inquilino por electrocución en un piso arrendado, debido al defectuoso estado del frigorífico de la vivienda, imputable tanto al arrendador como al arrendatario, donde el T.S. afirma que «esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa"; entre otras, la sentencia de 28 junio 1997, 2 noviembre 1999, 10 noviembre 1999 y 30 diciembre

de responsabilidades y la tesis de la “unidad de la culpa civil”⁹⁷², que permiten, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones (responsabilidad contractual/responsabilidad extracontractual), admitir una u otra acción.⁹⁷³

§ 17.º Según defendía Yzquierdo Tolsada⁹⁷⁴, la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos, como el español (y el portugués), que parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. Para este autor, no debería olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas y, de *lege lata*, no parecerá bueno para la seguridad jurídica el que el demandado o el propio órgano jurisdiccional, incluso en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de Derecho. Blanco Gómez coincide en lo sustancial con esta idea, pero recuerda que, en el sentido procesal de la acción y de la pretensión, que es el que determina la congruencia y la interdicción de la *mutatio libelli*, la *causa petendi* queda identificada con el preciso relato fáctico determinante de la pretensión y con la concreción de ésta en el *petitum*. Por lo tanto, en su opinión, no sería la objeción apuntada por Yzquierdo Tolsada la mayor que pudiera hacerse a la teoría que nos ocupa, sino el hecho de que la alteración de la calificación meramente jurídica de la *causa petendi* no tiene, con carácter general, por qué producir indefensión, si el tribunal dispone, al dictar resolución, de los elementos fácticos precisos y de las pretensiones concretas de los litigantes en estado inalterable e inalterado, tanto por ellos mismos como por el

1999 mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente».

⁹⁷² Véase, a este respecto, el § 51.º del apartado a) Criterio subjetivo: culpabilidad, perteneciente al punto 3. El criterio de imputación del hecho al responsable, del cap. III – ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

⁹⁷³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., págs. 136 y sigs..

⁹⁷⁴ En *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 103.

tribunal inferior, en su caso⁹⁷⁵. En realidad, como ha dicho Cavanillas Múgica, los problemas planteados por la concurrencia de responsabilidades se asientan en la propia rigidez de los conceptos jurídicos con los que opera, tanto los de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, como el concepto mismo de “acción”⁹⁷⁶.

§ 18.º En España, la aprobación de la L.E.C. ha permitido que se haga la luz al final de este túnel. Conforme a su art. 218⁹⁷⁷, la causa de pedir no se integra únicamente por hechos en abstracto y al margen de su consideración jurídica, sino que se encuentra conformada por un componente jurídico que limita el propio enjuiciamiento, de modo que «el juzgador de instancia no puede acudir a fundamentos de hecho o de derecho que las partes no hayan hecho valer en el proceso». A lo sumo, podrá haber «un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión, siempre que el cambio en cuestión pueda extraerse de los propios hechos ya alegados por las partes y, por consiguiente, que no se haya podido causar indefensión al “sorprender” a una

⁹⁷⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 144-145.

⁹⁷⁶ En “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, insertado en *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., 1992, pág. 131.

⁹⁷⁷ Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 140) comparte la idea de Domínguez Luelmo, para quien el art. 218 de la L.E.C. consagra claramente la teoría de la individualización – cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Análisis de sus fronteras.”, cit., págs. 142 y 283; siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, A., “Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación”, cit., págs. 384 y sigs.. Antes de la L.E.C. de 2000, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Procesal)”, cit., pág. 268. En este sentido, el tribunal podrá, a la vista de los hechos planteados en la demanda, corregir los errores u omisiones cometidos en ella, siempre que el derecho de defensa del demandado quede incólume [cfr. a la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82)]. De otro modo piensa FAIRÉN GUILLÉN, V. [en *La Audiencia Previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, cit., págs. 123 y sigs.], firme partidario de la doctrina de la sustanciación. Para este autor, el hecho de que la demanda deba contener los fundamentos de derecho (art. 399/4 de la L.E.C.) no exige que las alegaciones jurídicas estén correctamente formuladas. Tales fundamentos jurídicos esgrimidos no vinculan al juez, y también eso mismo se deduce del propio art. 218, cuando obliga a que el juez resuelva conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citados o alegados.

de las partes con una calificación que radique en hechos no debatidos y que no hayan podido cuestionarse»⁹⁷⁸. Según el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 218, «*el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*». Como dice la S.T.S. de 7 de octubre de 2002⁹⁷⁹, el principio «*iura novit curia*» tiene un límite infranqueable: el respeto a la *causa petendi*, que impide modificar la pretensión originariamente deducida invocando un tipo de responsabilidad distinto.

§ 19.º Por mucho que las dos esferas de la responsabilidad civil cuenten con conceptos comunes, estamos ante dos acciones que son aprehendidas por el legislador como de distinta naturaleza y fundamento⁹⁸⁰. En este punto, se puede preguntar si existe cabida para una vía intermedia entre las soluciones extremas que se adoptan ante un concurso de normas, en materia de responsabilidades contractual y extracontractual. Modernamente, diversos autores admiten, junto a la responsabilidad contractual y la extracontractual, una “Tercera Vía” de la responsabilidad civil o *Tertium Genus*⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ Como se destaca en GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (537/2013). Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y *iura novit curia*. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Tomo VI (2013 y 2014), Dykinson, Madrid, 2016.

⁹⁷⁹ RJ 2002, 357.

⁹⁸⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 142.

⁹⁸¹ En la jurisprudencia española, la S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250) considera ya «que puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición que no desaparece sino cuando el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente y operaría y lo haría con las mismas extensión e intensidad aunque ésta no hubiera existido nunca (supuesto de responsabilidad aquiliana pura) presentándose como violación únicamente del deber general de no dañar a nadie; mientras que se da la responsabilidad contractual pura cuando el hecho sólo y únicamente se presenta como infracción de una de las obligaciones pactadas de tal suerte que el determinar el incumplimiento de la obligación depende íntegramente de la misma siendo inimaginable su encuadramiento dentro del general deber de no dañar a otro; concibiéndose un “*tertius genus*” en que el hecho dañoso es inescindiblemente incumplimiento de deber contractual y violación, *ise-gregrable* de aquél, del deber general de no causar daño a otro; y si la separación de los dos regímenes es obligada e inconcebible la coexistencia en los casos de las dos primeras clases consideradas (por lo cual y dentro de la

§ 20.º Esta idea surge primitivamente en la doctrina alemana, bajo la designación de *Dritte Spur*, a través de Canaris. De acuerdo con este autor, entre la responsabilidad aquiliana y la responsabilidad obligacional se podría admitir una responsabilidad basada en vinculaciones específicas (*Sonderverbindungen*)⁹⁸², que representarían deberes de los participantes en el tráfico negocial superiores a los deberes genéricos de respeto, cuyo fundamento se asentaría en el deber de la buena fe negocial y no en el deber general de diligencia. Tales situaciones se sitúan en el ámbito de la responsabilidad paracontractual, de la responsabilidad precontractual y de la responsabilidad postcontractual, donde se generarían deberes accesorios impuestos por la buena fe (deberes de protección del contrato o “obligaciones de seguridad”)⁹⁸³. Estos deberes instituirían una relación unitaria de protección que estaría en vigor entre las partes desde antes de la celebración del contrato y hasta después de su extinción, tesis ésta que ha sido profundizada por Picker.⁹⁸⁴

§ 21.º Efectivamente, la violación de deberes específicos distintos del deber de prestación principal, que no llegan a constituir obligaciones en sentido técnico, suscita problemas jurídicos propios, los cuales no pueden ser

profusa casuística contemplada por la jurisprudencia, no existe asomo de confusión), no puede predicarse igual tratamiento en punto a la clase últimamente definida, pues la existencia de la relación preexistente y su correlativo régimen jurídico no es bastante a eliminar la responsabilidad aquiliana presente a través de todos sus elementos definidores y operante, en yuxtaposición con aquella aunque en ámbitos diferentes».

⁹⁸² La cuestión se colocó con pertinencia en el Derecho alemán, en el cual la responsabilidad aquiliana se caracteriza, a semejanza del Derecho penal, por proteger determinados bienes jurídicos (como sucede en el Derecho portugués), mientras que la responsabilidad obligacional ampara la situación del incumplimiento de las obligaciones, permitiendo el resarcimiento de daños patrimoniales puros. Antes de la reforma del B.G.B. de 2001/2002, la responsabilidad obligacional suponía, esencialmente, un deber de prestación, designadamente de origen contractual, surgiendo con el incumplimiento de la obligación principal, pero no de obligaciones accesorias. Con la referida reforma, el nuevo § 311/II determinó la existencia de una relación de carácter contractual en la formación de los contratos o similares. Para alguno autores, el recurso a la *Dritte Spur* ha perdido sentido en Alemania, con la reforma del B.G.B..

⁹⁸³ Véase, a este respecto, el capítulo IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRACONTRACTUAL.

⁹⁸⁴ Cfr. Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 367-368] y Menezes Cordeiro [en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 400-401].

cabalmente resueltos por la aplicación en bloque del régimen de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. De hecho, estas situaciones no permiten una tutela primaria, a través de la ejecución forzada de la obligación, pero serían algo más que la simple observancia del deber genérico de respeto. Por lo tanto, se propone atribuir a esta “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual una vía intermedia, sujeta a un régimen específico, descubierto caso a caso mediante la aplicación analógica de las normas propias de ambos tipos de responsabilidad (cfr. al art. 4.1 del C.C. español y al art. 10 del C.C. portugués)⁹⁸⁵. Lo que entendemos nosotros es que, para resolver el problema planteado por la existencia de la llamada “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad, debería de haber un tratamiento jurídico unitario de toda la responsabilidad civil, en lugar de crearse doctrinalmente una nueva categoría de responsabilidad. Efectivamente, la responsabilidad civil es dualista en su régimen normativo, pero unitaria por naturaleza jurídica: lo que está en causa tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual es la inobservancia del deber de «no causar daño a los demás», en la primera por contravención de una obligación previamente constituida y en la segunda a través de la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos. Adicionalmente, la propuesta de atribuir a esta “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual una vía intermedia, sujeta a un régimen específico, descubierto caso a caso mediante la aplicación analógica de las normas propias de ambos

⁹⁸⁵ En la doctrina portuguesa, defienden una nueva categoría de responsabilidad civil, denominada “Tercera Vía”, Carneiro da Frada [en CARNEIRO DA FRADA, M., *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 85 y sigs.] y Menezes Leitão [en MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., págs. 367 y sigs.]; pero la rechazan Almeida Costa [en ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, cit., págs. 540-541] y Menezes Cordeiro [en MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II, Tomo III, cit., págs. 400-403]. En la doctrina española, también está en contra Cavanillas Múgica [en CAVANILLAS MÚGICA, S., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, insertado en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, cit., págs. 131 y sigs.].

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

tipos de responsabilidad, generaría una situación de inseguridad jurídica por la incertidumbre del régimen jurídico aplicable.

VIII – CONVERGENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

§ 1.º Si desaparecieran las motivaciones por las que el daño contractual y el daño extracontractual vienen a ser tratados históricamente de manera diferente, el problema ya no se plantearía en términos de concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual: ni de pretensiones ni de normas⁹⁸⁶. El motivo que se da en favor de la diversificación de tratamiento jurídico entre una y otra esfera de la responsabilidad civil se puede encontrar en el hecho de que quien se obliga voluntariamente está en situación de calcular el riesgo que asume en caso de incumplimiento; mientras que, en general, fuera de una obligación específica es menos verosímil la posibilidad de calcular los innumerables riesgos de resarcimiento por daños causados a otro en consecuencia de nuestra conducta. Para Díez-Picazo, quien acepta al firmar un contrato un determinado modo de distribuir los riesgos y diseña así un determinado régimen de responsabilidad, luego no podrá fundar la demanda en las normas extracontractuales⁹⁸⁷.

§ 2.º Todavía, hay que ver que la proliferación de los contratos de adhesión, contratos-tipo, contratos normativos y tantas otras formas de contratación que poco o nada se parecen al modelo romano, que los codificadores tenían presente, acercan considerablemente la órbita contractual al ámbito de la responsabilidad aquiliana. De hecho, gran parte de los contratos que celebramos hoy día, impuestos por la generalización de la producción y el consumo en masa de ciertos servicios generados por el desarrollo económico,

⁹⁸⁶ Véanse, respectivamente, el punto 3. Evolución histórica, del cap. II – APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL, y el cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

⁹⁸⁷ Calificando la “unidad de la culpa civil” de «cabal falacia» - cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo V – *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 227.

se tratan de contratos estándar como los contratos-tipo o los contratos por adhesión, siendo ejemplo de estos últimos los contratos de transporte, los llamados contratos de suministro de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios. En el contrato de adhesión, que el Tribunal Supremo ha definido en numerosas ocasiones como aquél en que «sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede aceptarlas o no»⁹⁸⁸, la libertad contractual queda limitada a manifestar o no la aceptación de sus estipulaciones, de adherirse o no al contrato, habiendo muchas veces un desequilibrio entre los contratantes, ejemplificadamente, cuando se da una situación de monopolio de hecho o de derecho en cierto sector⁹⁸⁹. En el terreno laboral, también son muy comunes los contratos normativos, que pretenden establecer una reglamentación general y uniforme a la que deben ajustarse las partes al establecer los pactos que regularán sus relaciones, siendo su ejemplo más notable el de los convenios colectivos a que deben sujetarse los contratos de trabajo que se otorguen bajo su ámbito concreto de aplicación. Cuando se trate de contratar servicios profesionales, las posibilidades de efectuar el cálculo de riesgos parecen las mismas, haya o no contrato entre el profesional y el favorecido por sus servicios. A menudo, a este último le corresponderá el profesional de acuerdo con un dato de adscripción territorial o corporativa, como ocurre en el caso de los médicos⁹⁹⁰. En suma, cuanto más nos alejemos de la autonomía contractual, más recomendable será unificar las dos esferas de la responsabilidad civil, ya no sólo desde el punto de vista metodológico, sino también con vista a las consecuencias prácticas.⁹⁹¹

⁹⁸⁸ Cfr. a la S.T.S. de 13 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8742).

⁹⁸⁹ No obstante, también puede darse el caso de que sea el propio oferente el que se vea forzado a contratar, cualquiera que sea el adherente, como sucede en la prestación de servicios públicos.

⁹⁹⁰ Como dice TUNC, «no vemos por qué en casos de faltas profesionales la prescripción, la evaluación de los daños y los demás elementos del régimen de la acción no deban ser los mismos en todos los casos» (en *La Responsabilité Civile*, cit., pág. 41).

⁹⁹¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág. 143.

§ 3.º Efectivamente, las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir la convergencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual y, como *desideratum*, la unificación de los dos regímenes normativos del resarcimiento son, de acuerdo con Yzquierdo Tolsada⁹⁹², de distinto orden. Unas de orden sustantivo e incluso de justicia material, según las cuales la existencia de dos regímenes sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales de la sociedad postindustrial en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima significa dejarles indemnes, es decir, colocarlos en la misma situación en que se encontraban antes de la causación del daño. Otras razones son de orden sistemático, dado que, por inspiración del Código Civil francés, es muy habitual encontrar la materia de la responsabilidad contractual contenida en la parte que los cuerpos legales dedican a los efectos de las obligaciones, mientras que la responsabilidad extracontractual suele venir desarrollada en sede de las fuentes de las obligaciones⁹⁹³. Por último, no faltan razones de simple orden práctico: son muy abundantes los casos puros, en los que basta con verificar la existencia o no de una relación obligatoria previa entre el causante del daño y el dañado para calificar la responsabilidad; pero no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos, como ocurre en la llamada “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de responsabilidad civil⁹⁹⁴

⁹⁹² El autor mantuvo la tesis de la unificación de regímenes en *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. Teoría general*, Edit. Reus, Madrid, 1989, sobre todo en el cap. XI; posteriormente, ha vuelto sobre sus pasos y prefirió hablar de una «moderada» unificación (en este sentido, se pronuncia el mismo autor en “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 603, Año LXVII, Marzo–Abril, 1991, págs. 451-453). Más recientemente, en *Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., pág.144, afirma que «cuando los contratantes tienen la ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de «verse las caras», en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar)».

⁹⁹³ Como sucede en los Códigos Civiles español y portugués.

⁹⁹⁴ Véase, a este respecto, el capítulo IV – ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR CONTRAPOSICIÓN A LA EXTRA CONTRACTUAL.

- si de dar una respuesta u otra va a depender la aplicación de soluciones absolutamente distintas, salta a la vista la importancia práctica del sistema -.⁹⁹⁵

§ 4.º Son diversas las opiniones contrarias a la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual: se afirma que es una diferencia basada en condiciones puramente históricas; que de lo que en ambos casos se trata es de reparar el daño que la conducta jurídica del obligado causó en el patrimonio ajeno, con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon; y que, por tanto, procede construir una teoría unitaria de la responsabilidad, cualquiera que sea su origen⁹⁹⁶. Dice Ángel Yágüez que la distinción «se funda sobre bases muy frágiles y se encuentra hoy, además, sometida a profunda revisión, si no en abierta crisis»⁹⁹⁷.

§ 5.º Santos Briz⁹⁹⁸ recuerda que el C.C. español (a semejanza del C.C. portugués) no contiene una regulación unitaria para todos los casos⁹⁹⁹, sino que desdobra la materia en dos sectores: daños derivados de incumplimiento contractual (regulados en los arts. 1101 y siguientes del C.C. español y en los arts. 798 y siguientes del C.C. portugués) y daños derivados de culpa extracontractual (regulados en los arts. 1902 y siguientes del C.C. español y en los arts. 483 y siguientes del C.C. portugués). Sin embargo, opina que los principios básicos son los mismos en uno y otro sector, siendo la diversidad de consecuencias algo más aparente que real. En ambos, el deber de indemnizar los daños causados se incluye en el marco de una relación obligatoria, pero en

⁹⁹⁵ Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., págs. 43-44.

⁹⁹⁶ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, cit., pág. 10; y RUBIO GARCÍA-MINA, J., *La responsabilidad civil de empresario*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, págs. 40-49.

⁹⁹⁷ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R., "La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 14.

⁹⁹⁸ En *Derecho de Daños*, cit., págs. 13-15.

⁹⁹⁹ Como ocurre con los demás Códigos europeos continentales, de tradición romanista, o del área de influencia ibérica.

un caso se trata de una obligación aquiliana o derivada de un hecho ilícito y en otro de una obligación previamente constituida por la ley, negocio jurídico unilateral, contrato o cuasicontrato. La configuración exterior de tales obligaciones se atiene siempre al esquema de la relación obligatoria: un acreedor, un deudor y una exigencia de prestación.

§ 6.º Para Mazeaud y Tunc, no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad¹⁰⁰⁰. Los autores franceses ponen de manifiesto que el estudio de la responsabilidad contractual no depende meramente del problema del efecto de la obligación, así como tampoco el estudio de la responsabilidad aquiliana está exclusivamente en manos de la cuestión de las fuentes de las obligaciones, sino que uno y otro aspecto se relacionan, a la vez, tanto con la teoría de las fuentes de las obligaciones como con la de los efectos de las obligaciones. De aquí deducen que la responsabilidad aquiliana (*rectius*, extracontractual) y la responsabilidad contractual constituyen dos instituciones en cierto modo paralelas y situadas en el mismo plano, ya que en ambos casos nace una obligación y esa obligación produce efectos. Por otra parte, señalan Mazeaud y Tunc que hay un punto que acentúa la aproximación, en lo esencial, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: tanto una como otra entran en una misma clasificación general, referida a la distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios (o, con otra terminología, obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia)¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ Cfr. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 115 y sigs..

¹⁰⁰¹ La clasificación tiene notorias referencias a las obligaciones contractuales, lo que no impide averiguar en qué medida pueden ser igualmente de aplicación al ámbito de las obligaciones extracontractuales. En las obligaciones de resultado, el deudor compromete éste, mientras que en las de medios, llamadas también obligaciones generales de prudencia y diligencia u obligaciones de pura diligencia, es éste el elemento constitutivo del objeto de la prestación. En tales obligaciones, el deudor promete solamente poner diligencia para conseguir un dado resultado, al no ser obligaciones en las que la diligencia del deudor sigue siendo el objeto de la obligación. – BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 27.

§ 7.º Así, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual vienen a ser dos institutos jurídicos en cierta medida paralelos: en ambos, se parte de la existencia de una obligación dirigida a resarcir el daño. El problema está en dilucidar si quien no cumple una obligación de carácter contractual está regido por los mismos principios que el que incurre en responsabilidad extracontractual, lo que levanta la cuestión si en el fondo toda responsabilidad es extracontractual. Este planteamiento está en el origen de quienes proclaman la unidad de ambas responsabilidades, aplicando la normativa extracontractual al incumplimiento contractual. Se ha llegado a decir que la obligación inicial, nacida *ex contractu* o *ex lege*, se extingue por la pérdida o la imposibilidad de su objeto y que la obligación de reparar que nace entonces no es la deuda primitiva surgida del contrato, sino una obligación que encuentra su fuente en los preceptos de la responsabilidad extracontractual.¹⁰⁰²

§ 8.º Los tribunales españoles, que no se preocuparon en exceso por distinguir los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil, han acogido a menudo una posición de total convergencia entre ambos planos, denominadamente en la prestación de servicios sanitarios¹⁰⁰³. Véase, a título de

¹⁰⁰² BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso...*, cit., pág. 29.

¹⁰⁰³ Desde el punto de vista civil, podrían invocar el art. 1101 o los arts. 1902 y 1903 del C.C. para fundamentar una pretensión contractual o una pretensión extracontractual, respectivamente. Además de las fórmulas generales de responsabilidad del C.C., el T.R.L.G.D.C.U. incluye a los servicios sanitarios en el régimen especial de responsabilidad de su art. 148 («*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*»), que podría ser fundamentador de una pretensión resarcitoria distinta de la contractual o extracontractual. El fin de la “conspiración de silencio” que existió, en los tribunales españoles, en torno a la inclusión de los servicios sanitarios en el régimen, considerado objetivo, del art. 148.2 del T.R.L.G.D.C.U. fue determinando una progresiva invocación de este precepto junto o en lugar de los tradicionales fundamentos de responsabilidad contractual y extracontractual del C.C.. Sin embargo, al tiempo que se ha intentado circunscribir el ámbito de la norma, se llevó a cabo una lectura subjetiva de la misma que le priva de utilidad. En el caso de que el daño se hubiera producido por el defectuoso estado de un producto utilizado en el curso de la asistencia sanitaria, cabría recurrir a los arts. 135 y sigs. del mismo T.R. o a los preceptos del C.C., si se entendiera que había ocurrido negligencia o para la reparación de los daños morales (cfr. al art. 128.2 del T.R.L.G.D.C.U.).

ejemplo, la S.T.S. de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993, 793)¹⁰⁰⁴ dictada en una acción de reclamación de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por una paciente como consecuencia de haber sido intervenida quirúrgicamente, habiéndole sido causada accidentalmente una lesión que le provocó incapacidad para su trabajo. Esta demanda fue resuelta por sentencia desestimatoria que confirmó, salvo en materia de costas, la dictada por el Juzgado. Contra dicha sentencia se formularon tres motivos, el último de los cuales denuncia por el mismo cauce la infracción de los arts. 1104 y 1902 del Código Civil, sosteniendo que existió negligencia. El Tribunal Supremo consideró que «la cita de ambos preceptos es absolutamente admisible porque el principio *naeminem laedere* en que descansa la responsabilidad extracontractual y el deber de cumplir sin causar daños los contratos permite admitir la compatibilidad de ambas normas y la dificultad de distinguir la responsabilidad emanada de dichas fuentes de obligación, aunque es evidente que la operación quirúrgica es el objeto de un contrato de arrendamiento de servicios».

§ 9.º Del mismo modo, los tribunales portugueses se han acercado a una situación de convergencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en casos como los de accidentes de circulación ocurridos en autopistas concesionadas. Véase, ejemplificadamente, la sentencia del S.T.J. de 08-02-2011¹⁰⁰⁵, sobre un accidente de circulación sucedido en una autopista concesionada debido a la existencia de exceso de agua en el piso, cuyos medios de desagüe resultaron insuficientes, en la cual el alto tribunal portugués señala que: «En cuanto a la responsabilidad civil de Brisa, como sociedad concesionaria de autopistas, por el accidente de tráfico allí ocurrido, existen, en esencia, tres

¹⁰⁰⁴ En el mismo sentido, la S.T.S. de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711), la S.T.S. de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9752), la S.T.S. de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057), la S.T.S. de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8816), la S.T.S. de 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151), la S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6720), la S.T.S. de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 844), la S.T.S. de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7475), la S.T.S. de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7540), la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668), la S.T.S. de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5991), la S.T.S. de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 943) y la S.T.S. de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2824).

¹⁰⁰⁵ Proceso: 8091/03.6TBVFR.P1.S1.

tesis: una, que considera que la responsabilidad es contractual, colocando a la concesionaria en el papel de deudor de la prestación del servicio proporcionado al usuario, haciendo imponer sobre ella la presunción de culpa del art. 799 del C.C.; otra, que sostiene ser tal responsabilidad civil extracontractual, lo que implica que cabe al perjudicado la prueba de la culpa del autor de la lesión; y una tercera, que considera que la responsabilidad de la concesionaria se basa en el hecho de tener a su guarda cosa inmueble, lo que remitiría a la respectiva culpa presumida, por la regla del art. 493, apartado 1, del C.C., entendiéndose que esta norma establece una inversión de la carga de la prueba en cuanto al requisito de la culpa, compitiendo a la concesionaria probar que actuó sin culpa. Esta discusión quedó desvalorizada con la publicación de la Ley n.º 24/2007, de 18-07, según la cual, en caso de accidente en autopistas, en particular con motivo de "líquidos en la vía" [apartado c) del apartado 1 del art. 12], la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones de seguridad pertenece a la concesionaria.»

§ 10.º En resumidas cuentas, la procedencia de la calificación contractual de la responsabilidad, y la consiguiente determinación de una relación obligatoria previa entre dañado y responsable, normalmente sólo resulta decretada cuando la demanda se ha planteado con base en el artículo 1101 del C.C. español o en el artículo 798 del C.C. portugués. Por el contrario, si el fundamento de la reclamación es la responsabilidad extracontractual, generalmente no se ha hecho cuestión de la existencia de una relación obligatoria previa y se ha aceptado tal fundamento. Esto es posible porque se ha considerado, y bien, que un mismo hecho dañoso puede resultar de la violación de una obligación de carácter contractual y, simultáneamente, del deber más general de «no dañar a otro»; es decir, que el daño puede ser contractual sin dejar de ser

extracontractual o, por lo menos, que existe una “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad civil.¹⁰⁰⁶

1. Doctrinas jurisprudenciales barajadas en los casos en que media una relación entre los organismos de la Seguridad Social y sus afiliados u otras personas con derecho a la asistencia sanitaria

§ 11.º Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha simultaneado las diferentes teorías que se han barajado en los casos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, sin adoptar una línea definitiva, tratando de dilucidar en los casos fronterizos si los daños reclamados en cada uno de ellos provenían del incumplimiento de una obligación previamente constituida o tenían un origen extracontractual. Esta situación se ha planteado mucho, en la jurisprudencia española, con ocasión de la relación que media entre los organismos de la Seguridad Social y sus afiliados u otras personas con derecho a la asistencia sanitaria. Hasta hace unos años, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil y se resolvían de acuerdo a las normas del Código Civil, de suerte que los tribunales españoles venían brindando igual tratamiento a la responsabilidad civil por daños causados en el ámbito de la medicina pública y privada. Así, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo declara, de forma reiterada, que

¹⁰⁰⁶ En el ámbito médico, ha existido una marcada tendencia hacia la extracontractualidad, a la que parecen haber contribuido los siguientes factores: las dudas sobre la procedencia de una reclamación contractual contra los servicios públicos de salud (en el ya superado escenario de la “demandabilidad” de las Administraciones públicas ante la jurisdicción civil, como veremos más adelante), derivadas de la incertidumbre en cuanto a la posibilidad de calificar como relación obligatoria la que liga al beneficiario con tales servicios públicos; las dificultades para deslindar los planos, contractual o extracontractual, en los que habría que colocar a los distintos sujetos susceptibles de responsabilidad; o la tendencia a reconducir al ámbito extracontractual la reparación en casos en los que los bienes primariamente lesionados puedan configurarse como derechos absolutos, cosa que ocurre con la salud, la integridad física y la vida – cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad Civil Médica”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 352-353.

los daños provenientes de una defectuosa asistencia médico-quirúrgica en centros hospitalarios adscritos o pertenecientes a estos Organismos pueden considerarse como derivados de una relación análoga a la contractual¹⁰⁰⁷, resultando, en consecuencia, de aplicación el plazo de prescripción del artículo 1964 del C.C., sin perjuicio de la «yuxtaposición» con la responsabilidad extracontractual.

§ 12.º Ésta es la doctrina que se recoge en la S.T.S. de 30 de diciembre de 1999¹⁰⁰⁸, en una acción de «reclamación de pago por responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 y concordantes del Código civil) en concurso normativo con responsabilidad civil contractual (artículo 1101 y concordantes del Código civil), con resultado de muerte», en la cual se solicitaba que fuesen condenados solidariamente los médicos, el Instituto Nacional de la Salud y el Servei Valencia de Salud al pago de veinte millones de pesetas (20.000.000), con base en un diagnóstico erróneo y negligente efectuado por los médicos demandados a la hija menor de los demandantes, pues no se apercibieron de que sufriera apendicitis, diagnosticando infección urinaria, siendo ingresada a los pocos días en el mismo Hospital (...), donde fue intervenida de peritonitis, falleciendo en el periodo post-operatorio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por acoger la excepción alegada de prescripción de la acción, siendo su fallo confirmado en grado de apelación por la Audiencia.

¹⁰⁰⁷ Véase la S.T.S. de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9303), que se incardina en el conocimiento por los tribunales ordinarios del orden civil de los supuestos en que la actuación de la entidad pública no se produce en el ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la administración pública, sino como entidad privada para atender a la curación de una enferma, que actúa en relaciones de Derecho privado. En el mismo sentido, la S.T.S. de 7 marzo de 2000 (RJ 2000, 1508), la S.T.S. de 10 de febrero de 2000 (RJ 2000, 845), la S.T.S. de 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6601), la S.T.S. de 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9042), la S.T.S. de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 74), la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 154), la S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 25 de abril de 1989 (RJ 1989, 3471), la S.T.S. de 7 de abril de 1989 (RJ 1989, 2997) y la S.T.S. de 1 de julio de 1986 (RJ 1986, 4559).

¹⁰⁰⁸ RJ 1999, 9496.

§ 13.º En este caso, el Tribunal Supremo consideró que, como «mantiene (...) la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995¹⁰⁰⁹, (...) resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recorrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado¹⁰¹⁰, es decir, cuando actúa en relaciones de derecho privado, supuesto en el que responderá ante los tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, por más que se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, e incardinándose todo ello en el ordenamiento civil, a los efectos de la reclamación de la oportuna indemnización. En esta línea se encuentran, entre otras, las Sentencias de la Sala de 3 de marzo de 1973; 1 de julio de 1986; 16 de marzo de 1987; 5 de mayo, 7 y 22 de junio y 21 de septiembre de 1988; 7 de abril de 1989 y 30 de enero y 23 de noviembre de 1990, y aunque las mismas recayeron en supuestos de culpa extracontractual, su doctrina es aplicable a todo género de culpa o negligencia, máxime, cuando lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código Civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir responsabilidad al Estado, o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, norma la expresada que figura consagrada en el artículo 106-2 de la Constitución.» Por consiguiente, entendió el alto tribunal deber «estimarse

¹⁰⁰⁹ RJ 1995, 4077.

¹⁰¹⁰ Según el art. 41 del Decreto de 26 julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado (Ref. BOE-A-1957-10111), «*Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus Autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.*»

proporcionada al caso teniendo en cuenta las circunstancias del mismo (muerte de la niña, "pretium doloris") la indemnización solicitada, con carácter de condena solidaria».

§ 14.º No obstante, esta doctrina fue corregida por la S.T.S. de 11 de junio de 2001 (RJ 2001, 5674)¹⁰¹¹, cuyo recurso de casación dimanaba de un juicio de menor cuantía promovido por los padres de un niño de cinco años, como representantes legales del mismo, contra el Servicio Valenciano de Salud, el médico-jefe del servicio de maternidad del Hospital, el médico-jefe del servicio de pediatría del mismo Hospital y el ginecólogo de éste que atendió al parto del niño, interesando la declaración de su responsabilidad solidaria por los daños causados al niño durante el parto, en consecuencia de los cuales fue necesaria la aplicación de cirugía plástica, y la indemnización a éste por los gastos incurridos, por daños morales y por secuelas de carácter permanente tanto físicas como psíquicas. La sentencia de Primera Instancia, desestimando las excepciones articuladas por los demandados, estimó parcialmente la demanda y condenó al Servicio Valenciano de Salud a pagar una indemnización a los demandantes y a proceder a la intervención reparadora del niño o a sufragarla, absolviendo a los médicos demandados. Interpuesto recurso de apelación por el Servicio Valenciano de Salud, el Tribunal de Segunda lo estimó parcialmente, tan sólo para reducir la cantidad en metálico a pagar a los actores. Contra esta última sentencia ha recurrido en casación el Servicio Valenciano de Salud, desestimando el alto tribunal los motivos presentados, con excepción de la estimación de la prescripción alegada en su momento por la parte recurrente, acabando por dictar un pronunciamiento totalmente desestimatorio de la demanda.

¹⁰¹¹ En el mismo sentido, la S.T.S. de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2803), la S.T.S. de 19 diciembre de 2008 (RJ 2009, 536) y la S.T.S. de 12 febrero de 2000 (RJ 2000, 820).

§ 15.º En la S.T.S. de 11 de junio de 2001 se asumió la tesis del voto particular formulado por Antonio Gullón Ballesterero en la S.T.S. de 30 diciembre 1999¹⁰¹², que tuvo una influencia decisiva en el cambio de rumbo jurisprudencial. Sobre la base de la doctrina constitucional acerca de la naturaleza de las prestaciones de la Seguridad Social, según la cual ésta es una «función del Estado» de configuración legal, antes que de naturaleza contributiva, de origen contractual, dicho voto particular señalaba que «no hay una configuración contractual en la relación jurídica entre el afiliado y los organismos rectores de la Seguridad social o en una relación jurídica a la cual ha de aplicarse las normas de responsabilidad contractual cuando dispensen las prestaciones por enfermedad defectuosamente». En cualquier caso, ésta constituye una problemática que hoy carece de objeto a la vista del actual panorama legislativo, en el que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L.R.J.-P.A.C.) ha sido derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁰¹³ y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁰¹⁴. Así, la responsabilidad de las Administraciones sanitarias debe conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo a las normas reguladoras de la responsabilidad de las administraciones públicas¹⁰¹⁵. Por ello, a la responsabilidad por los daños causados en el ámbito de los servicios sanitarios públicos se aplica, en principio, el régimen jurídico del sector público (arts. 32 y sigs. de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público), exigiéndose la

¹⁰¹² RJ 1999, 9496.

¹⁰¹³ Con última actualización publicada el 05/11/2019 (Ref. BOE – A – 2015 – 10565).

¹⁰¹⁴ Con última actualización publicada el 07/05/2020 (Ref. BOE – A – 2015 – 10566).

¹⁰¹⁵ Residenciada ya la responsabilidad de las Administraciones públicas exclusivamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, ha desaparecido un importante factor que contribuía a teñir de extracontractualidad la responsabilidad sanitaria analizada en la jurisdicción civil. Hoy, cabe entender que la tendencia será fundamentar la pretensión contractual o extracontractualmente en virtud de la existencia o no de un contrato con la persona dañada. Sin embargo, no se ha de olvidar que, en caso de que haya duda con relación a la posición de determinados sujetos, podrá ser relevante la concurrencia o no de las perspectivas contractual y extracontractual por los mismos hechos y respecto de las mismas personas, bien como la posibilidad o no de modificar la fundamentación jurídica de la demanda.

responsabilidad por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio directamente a la Administración (art. 36/1 de la misma Ley), salvo si se trate de responsabilidad Penal del personal al servicio de la administración pública (art. 37/1 de la citada Ley). Cuando las administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de Derecho Privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de Derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de Derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad (cfr. al art. 35 del mismo diploma legal). De este modo, sea cual fuere la naturaleza que quiera dársele, la aplicación de este régimen jurídico se extiende también naturalmente al plazo de prescripción del «derecho a reclamar», que se fija en un año por el artículo 67/1 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En suma, actualmente, el Derecho civil resultará únicamente aplicable a los daños causados en el ámbito de la medicina privada.

2. Doctrina jurisprudencial del derecho de opción

§ 16.º Sin embargo, los propios tribunales han reconocido las enormes dificultades que entrañaba esa tarea de delimitación conceptual y han preferido renunciar a ella, admitiendo la posibilidad de conceder al perjudicado un derecho de opción entre la aplicación de las normas de responsabilidad contractual y las de responsabilidad extracontractual, combinado con la aplicación de los principios procesales «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*». En el ámbito sanitario, la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240)¹⁰¹⁶, en un caso de responsabilidad médica debido a la infección por los virus de la hepatitis C y del V.I.H. en consecuencia de una transfusión sanguínea, mantiene que

¹⁰¹⁶ A favor, véanse la S.T.S. de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5291), la S.T.S. de 24 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1612) y la S.T.S. de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6141). En contra, véase la S.T.S. de 11 de junio de 2001 (RJ 2001, 5674).

«debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada "unidad de la culpa civil" (Sentencias de 24 de marzo¹⁰¹⁷ y de 23 de diciembre de 1952¹⁰¹⁸, entre otras) que en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual" señalan como "doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro"; (...) criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (Sentencia de 20 de diciembre de 1991¹⁰¹⁹) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993¹⁰²⁰) o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas completo posible" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993¹⁰²¹)».

§ 17.º En el Derecho de Familia, la dificultad de establecer un claro límite entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en el seno de las relaciones paterno-filiales ha llevado a los tribunales españoles a considerar que el perjudicado puede optar entre las acciones correspondientes a los dos tipos de responsabilidad, cuando concurren los requisitos para ello¹⁰²². Roca Trías pone de relieve que ha existido siempre el principio de que los padres responden

¹⁰¹⁷ RJ 1952, 1209.

¹⁰¹⁸ RJ 1952, 2673.

¹⁰¹⁹ RJ 1991, 9468.

¹⁰²⁰ RJ 1993, 1457.

¹⁰²¹ RJ 1993, 771. Véanse, en el mismo sentido, la S.T.S de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 5911) y la S.T.S de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3497).

¹⁰²² Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y ZARRALUQUI NAVARRO, E., *Las Reclamaciones de Daños entre Familiares – La responsabilidad civil en el ámbito familiar*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 23.

por los hechos dañosos que ocasionen a sus hijos, ya sea desde el punto de vista personal, a través de las indemnizaciones establecidas como consecuencia de la comisión de delitos, ya sea en las relaciones patrimoniales, sobre todo en el ámbito de la administración de los bienes de sus hijos. De todas formas, hay que distinguir en este caso las sanciones civiles, que provocarán, por ejemplo, la pérdida de la patria potestad cuando concurra causa para ello (art. 170 del C.C.), de los resarcimientos que los hijos pueden reclamar cuando hayan sufrido un daño.¹⁰²³ Así, se pueden verificar vulneraciones de diversa naturaleza: las que constituyen delitos o faltas punibles y las que consisten en infracciones de deberes legales de obligado cumplimiento, sin que en modo alguno se pueda hablar de obligaciones contractuales¹⁰²⁴. Con independencia de éstas, hay que considerar aquellos deberes que nacen de una resolución judicial dictada en un litigio familiar, que puede a su vez tener origen en un convenio, homologado judicialmente o no, o en un pleito contencioso.¹⁰²⁵

§ 18.º La posibilidad de optar entre la aplicación de las normas de responsabilidad contractual y las de responsabilidad extracontractual, que ha reconocido el Tribunal Supremo español en otros ámbitos, como el sanitario¹⁰²⁶, se muestra coherente con la existencia de una zona mixta contractual y extracontractual. Mientras que la concurrencia de planos contractual y

¹⁰²³ Cfr. ROCA TRÍAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 533-566.

¹⁰²⁴ Diferentemente, aquellos deberes que tienen origen en el matrimonio derivan de la existencia del contrato matrimonial, aunque también pueden constituir una infracción de deberes morales y sociales de orden público, sin mencionar los que son delictivos. Por ello, el matrimonio tiene naturaleza contractual e impone, de acuerdo con la ley, una serie de deberes y derechos recíprocos. Asimismo, la pareja estable o paramatrimonio nace de una convención entre los convivientes con contenidos que pueden variar, según la legislación que sea de aplicación a cada unión y lo especialmente pactado por los estipulantes.

¹⁰²⁵ Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y ZARRALUQUI NAVARRO, E., *Las Reclamaciones de Daños entre Familiares*, cit., pág. 20.

¹⁰²⁶ Véanse S.T.S. de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873), S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 162), la S.T.S. de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7565), la S.T.S. de 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290), la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934), la S.T.S. de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493), la S.T.S. de 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151), la S.T.S. de 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4731) y la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240).

extracontractual es un «*prius*» lógico de la admisión de una opción, no lo sería de la consideración, también plenamente admitida por la jurisprudencia, de que pudiera plantearse una reclamación fundamentándola alternativa o subsidiariamente en las normas de responsabilidad contractual y extracontractual¹⁰²⁷ o de que pudiera simplemente aportarse los hechos en los que se apoya la pretensión indemnizatoria para que el tribunal los calificara jurídicamente¹⁰²⁸. De hecho, cuando «*ratio decidendi*» o generalmente «*obiter dictum*» se han apuntado estas posibilidades, ello se hizo junto con una referencia a la plena admisión de la opción; lo que, a todas luces, viene a indicar que se participa de la idea de que un daño puede ser a la vez contractual y extracontractual, esto es, que existe, cuando menos, una zona mixta entre ambas responsabilidades.¹⁰²⁹

§ 19.º Paralelamente, los tribunales han utilizado el argumento según el cual la calificación y la fundamentación jurídica de la *causa petendi* hecha por las partes no vincula a los órganos jurisdiccionales. La misma S.T.S. de 18 de febrero de 1997¹⁰³⁰ acoge esta tesis, afirmando que, «con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica

¹⁰²⁷ Ahora debería ser una acumulación eventual de acciones (ex art. 71.4 de la L.E.C.).

¹⁰²⁸ Véanse la S.T.S. de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5291), la S.T.S. de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 840), la S.T.S. de 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290), la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934), la S.T.S. de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493), la S.T.S. de 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151), la S.T.S. de 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4731) y la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240).

¹⁰²⁹ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Responsabilidad Civil Médica", cit., pág. 353.

¹⁰³⁰ RJ 1997, 1240.

controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico».

§ 20.º En la jurisprudencia portuguesa, la sentencia del S.T.J. de 22-02-2007¹⁰³¹, en un caso en el que la actora fundamenta la acción de reclamación de daños en el hecho de haber tragado un hueso existente en un sándwich de pollo que había comprado en un local de cafetería, cuando se suponía que el pollo estaba deshuesado, tal como se anunciaba, procede a la modificación de la calificación jurídica realizada por las partes, invocando que «el tribunal se mueve libremente en la calificación jurídica de los hechos, dado que, como se dice en el art. 664 del (antiguo) C.P.C.¹⁰³², el juez no está sujeto a las alegaciones de las partes en cuanto a la indagación, interpretación y aplicación de las normas de Derecho. Tal como afirma Alberto dos Reis, el juez es libre en la búsqueda y en la elección de la norma jurídica adecuada (indagación); puede atribuir a las reglas invocadas por las partes el sentido y alcance que juzgue exactos (interpretación); puede hacer derivar de las reglas de que las partes se han servido efectos y consecuencias diversas de las que éstas han extraído (aplicación)». De hecho, las partes habían aceptado pacíficamente que se trataba de responsabilidad extracontractual y, consecuentemente, que el plazo de prescripción sería el aludido en el apartado 1 del art. 498 del C.C., es decir, el plazo de tres años. No obstante, el Supremo Tribunal portugués entiende que existe «claramente una responsabilidad contractual subjetiva del vendedor», considerando que «tendrá habido negligencia en la preparación del sándwich por omisión del diligente cuidado exigible en su confección, habiendo la actora recibido una cosa cuyas características no correspondían a las legítimamente esperadas». De aquí retira que «esta responsabilidad contractual por violación culposa de los deberes del vendedor, no cubierta por el art. 913 del C.C., está

¹⁰³¹ Proceso: 07B111.

¹⁰³² Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente al art. 5 del actual C.P.C.).

sujeta al plazo ordinario de prescripción, es decir, al plazo de veinte años previsto en el art. 309 del mismo diploma».

§ 21.º La jurisprudencia acoge, así, corregida y aumentada, de una manera mucho más favorable para el demandante, esa alternativa teórico-dogmática, prácticamente análoga a la teoría del concurso de normas¹⁰³³. Se dice, en lo que se ha convertido en una fórmula de estilo, que la «yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales (...) dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas completo posible»¹⁰³⁴. De este modo, se favorece la efectiva reparación del daño y se excluye, designadamente, la posibilidad de desestimar la pretensión por error en la calificación jurídica y de prescripción del derecho a la indemnización.

§ 22.º En España, la concesión del derecho de opción al perjudicado para elegir la vía que más le convenga se encuentra implícita en algunas sentencias relativamente antiguas, como la S.T.S. de 30 de diciembre de 1980¹⁰³⁵. Esta sentencia parte del supuesto de que el concurso de responsabilidades contractual y extracontractual es de dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes, afirmando que, «en los supuestos de concurrencia

¹⁰³³ Véase, a este respecto, el punto 2. Concurrencia de Normas del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

¹⁰³⁴ Cfr. a la S.T.S. de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771).

¹⁰³⁵ Dictada en una acción de reclamación de daños ejercitada en consecuencia de la caída de su emplazamiento de una grúa, propiedad de la sociedad demandada, provocando diferentes daños en materiales y elementos de construcción de la empresa demandante, con fundamento en la imprudencia y negligente actuación de la demandada, que a sabiendas del deficiente funcionamiento del carro de traslación de carga de la grúa-torre recientemente reparada con absoluta inobservancia de las debidas precauciones, teniendo en cuenta las circunstancias en que se encontraba, no dudó en utilizarla, lo que produjo el desastroso resultado, así como los daños reseñados (RJ 1980, 4815).

de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción (contractual y extracontractual) sea la misma persona, es decir, el acreedor contractual y que la doble infracción haya sido cometida por una persona, el deudor contractual, por sí o por medio de sus dependientes; sin que ello suponga poder exigir en ningún caso dos responsabilidades, sino simplemente elegir entre una u otra de las acciones que tienen el mismo fin».

§ 23.º Pero tal doctrina se ha manifestado de forma expresa y prácticamente unánime, en la jurisprudencia española, en la década de los años 90 del siglo pasado, como son ejemplo las S.S.T.S. de 20 de diciembre de 1991¹⁰³⁶, de 30 de enero de 1993¹⁰³⁷, de 15 de febrero de 1993¹⁰³⁸, de 1 de

¹⁰³⁶ Pronunciada en una acción de extinción de arrendamiento rústico por extinción del derecho de usufructo del arrendador, dado que el propietario había consentido la subsistencia del arrendamiento hasta la finalización del año agrícola en curso, pero los arrendatarios permanecieron por mayor tiempo. En ella, el propietario solicitaba una indemnización por daños y perjuicios ex art. 1902 del C.C., a causa de la ocupación sin título jurídico de la finca, desde que se extinguió el usufructo, y de acuerdo con las exigencias que se derivan del art. 455 del Código Civil, que imponen a sensu contrario la aplicación del art. 433 y concordantes 451 y 453. El Tribunal Supremo estimó la demanda y, ante la alegación de los demandados de que se trataría en todo caso de una responsabilidad contractual, por lo que debía utilizarse el art. 1101, la sentencia alude al derecho de opción de los perjudicados (RJ 1991,9468).

¹⁰³⁷ Decretada en un caso de responsabilidad médica, donde se considera que el principio «naeminem laedere» y el deber de cumplir los contratos sin causar daños permite admitir la compatibilidad de los arts. 1104 y 1902 del C.C., dada la dificultad de distinguir la responsabilidad emanada de ambas fuentes de las obligaciones (RJ 1993, 355).

¹⁰³⁸ Proferida en una acción de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de una intervención quirúrgica efectuada a la demandante (aquí parte recurrida), sucediendo que como consecuencia de la misma se le originó una gangrena gaseosa que forzó a la amputación de su pierna derecha, quedándole así esta secuela vitalicia. En el primer motivo del recurso casacional se alega que la sentencia atacada había incurrido en incongruencia, ya que en la demanda creadora del pleito se ejercitó la acción de culpa extracontractual del art. 1902 del Código Civil y la sentencia de apelación, en su fundamento jurídico cuarto, refiere los deberes de la Clínica respecto a la paciente de referencia por su relación contractual de arrendamiento de servicios, cobijable bajo el ámbito de aplicación del art. 1257.2.º del Código Civil. El alto tribunal español consideró que «el motivo resulta improcedente, pues no se denuncia incongruencia del fallo de la sentencia, sino en la fundamentación jurídica de la misma, lo que tampoco es correcto»; invocando que «esta Sala ha declarado -sentencia de 6 de octubre de 1992- que aún cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que puedan ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otro e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (RJ 1993, 771).

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

febrero de 1994¹⁰³⁹, de 20 de junio de 1995¹⁰⁴⁰, de 19 de mayo de 1997¹⁰⁴¹ y de 7 de noviembre de 2000¹⁰⁴² ¹⁰⁴³. Entre ellas, cabe destacar, por su particular

¹⁰³⁹ En la que estaba en causa una reclamación hecha por la entidad propietaria de un vehículo que fue sustraído del aparcamiento del establecimiento hotelero demandado, donde había sido depositado. El contrato de hospedaje (y del correspondiente aparcamiento) fue suscrito por un directivo de la entidad demandante, que fundamentó la demanda en los arts. 1902 y sigs. del C.C.. La Audiencia la desestimó, considerando que entre las partes mediaba una relación contractual. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, aplicando la doctrina de la acumulación de acciones (RJ 1994, 854). Un caso similar fue el conocido por la S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660).

¹⁰⁴⁰ Los antecedentes de hecho son los siguientes: después de determinadas obras de reparación extraordinaria en viviendas de protección oficial, por orden del ayuntamiento, se produjeron graves desperfectos en las cubiertas del referido grupo de viviendas, coincidiendo con los fuertes vientos acaecidos en febrero de 1989, por lo que la comunidad de propietarios demandó la constructora, en ejercicio alternativo de las acciones por culpa contractual y extracontractual, pidiendo la condena a reparar los graves desperfectos producidos y a la indemnización de daños y perjuicios. La demanda fue estimada, tras la oposición de la constructora basada en causa de fuerza mayor, relegando para la ejecución de sentencia la concreción de cantidades a indemnizar, pero ha sido revocada por la sentencia dictada en el recurso de apelación. El Tribunal Supremo estimó los dos motivos del recurso de casación, confirmando en la íntegra la sentencia de Primera Instancia. Quanto al segundo motivo, que se apoya en la supuesta vulneración del art. 1902 del Código Civil, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo consideró que «a tenor de la jurisprudencia de esta Sala no es anómalo el ejercicio alternativo o subsidiario de acciones basadas en culpa contractual y extracontractual porque si bien los defectos, graves defectos, acusados en la demanda y reconocidos en la sentencia de primera instancia, fueron producidos en el seno de una relación contractual, no es menos cierto que tal alternativa se atisba aquí como asequible al caso que se contempla en el pleito, por cuanto, la comunidad ahora es tercero civil en el contrato de ejecución de obra convenido por la constructora demandada con la Administración, y además que se ha producido una negligencia por parte de dicha constructora extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato de ejecución de obra al sustituir el proyectado sistema de anclaje por argollas en las placas de fibrocemento o uralita a los cabirones por un sistema de anclaje mediante tornillos lo que disminuyó las garantías de seguridad del edificio habida cuenta de la velocidad de los vientos que recorren usualmente la zona de su ubicación que igualmente debió tener en cuenta y no lo hizo dicha constructora. De ahí que, si bien la relación jurídica material de fondo es un contrato de ejecución de obra, se ha producido un efecto lesivo a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato con una negligencia extraña a lo que era materia propia del mismo, que se ha proyectado sobre entes extraños a la vinculación estricta contractual, por lo que nada obsta a la invocación correcta tanto del art. 1101, como del art. 1902 del Código Civil (Sentencias de 13 de junio de 1942; 2 de enero de 1945; 21 de marzo de 1950; 17 de febrero de 1956; 2 de abril de 1957; 2 de mayo de 1961; 16 de abril de 1963; 20 de mayo de 1964; 20 de mayo y 3 de noviembre de 1966; 22 de diciembre de 1967; 24 de junio de 1969; 14 de abril de 1981; 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo de 1983; 18 de octubre de 1983; 2 de enero de 1990)» (RJ 1995, 4933).

¹⁰⁴¹ Dictada en una acción de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual, causados por la muerte del esposo y padre de los actores, con motivo de un accidente laboral. En este caso, el Tribunal Supremo acoge la compatibilidad de responsabilidades en punto a la indemnización por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, reconociendo que es reiterada la jurisprudencia de la Sala Civil «que mantiene la jurisdicción en multitud de casos análogos de acuerdo con la doctrina que tiene sentada de estimar compatible la reclamación laboral con la reclamación civil, dado sus fundamentos jurídicos diversos y la dualidad de pretensiones que no son incompatibles entre sí» (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1995). Por otro lado, entiende la parte recurrente que, en todo caso, estaríamos en presencia

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

claridad expositiva, la S.T.S. de 9 de junio de 1998¹⁰⁴⁴, en cuyo Fundamento septimo se puede leer: «Los razonamientos expuestos no autorizan la

de una culpa contractual, nunca extracontractual. Pero tal criterio tampoco genera viabilidad casacional, para el Tribunal Supremo, «pues como establece la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1996, la más reciente y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 5 de julio, 27 de septiembre y 29 de noviembre de 1994, entre otras muchas) tiene declarado que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Por tanto, el motivo decae» (RJ 1997, 3885).

¹⁰⁴² En la que estaba en causa el fallecimiento del inquilino por electrocución en un piso arrendado, debido al defectuoso estado del frigorífico de la vivienda, imputable tanto al arrendador como al arrendatario, donde el Tribunal Supremo afirma que «esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa"; entre otras, la sentencia de 28 junio 1997, 2 noviembre 1999, 10 noviembre 1999 y 30 diciembre 1999 mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente» (RJ 2000, 8678).

¹⁰⁴³ En el mismo sentido, la S.T.S. de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7210), la S.T.S. de 10 de junio de 2004 (RJ 2004, 3605), la S.T.S. de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3890) y la S.T.S. de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 5911). Véase, en especial, la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82), pronunciada con motivo de una reclamación de daños causados por la caída por la escalera mecánica, en el recinto de una estación de ferrocarril, de una mujer que junto con su esposo discapacitado subía al andén para tomar el tren, tras la adquisición de sus billetes. Los perjudicados reclamaron por la vía de la responsabilidad extracontractual, siendo condenada la demandada al pago de la indemnización por la Audiencia sobre la base de la existencia de una responsabilidad contractual. Según esta sentencia, al ocurrir el accidente de los viajeros dentro de la estación, debido a la utilización de un medio mecánico que resultaba imprescindible para acceder a los andenes y, por tanto, para tomar el tren en el que iban a hacer el viaje contratado, revela la relación contractual que mediaba entre las partes. El hecho de que el «núcleo central del negocio jurídico» no fuera el recorrido en la escalera mecánica, sino el propio viaje en tren, no puede significar que la empresa demandante limitara todas sus posibles responsabilidades única y exclusivamente al trayecto en ferrocarril, pues de ella dependía la estación con todas sus instalaciones, de ella dependía la opción por unos u otros medios de acceso a los andenes y de ella dependía, en suma, la seguridad de tales medios de acceso, que había de extenderse también a las personas discapacitadas que hubieran de utilizarlos para poder tomar el tren. El recurso de casación presentado por la demandada fue desestimado por el Tribunal Supremo.

¹⁰⁴⁴ Los hechos probados en autos manifiestan que la "paciente", en cuyo nombre se reclama, que sufría sordera de ambos oídos, tras ser sometida a una intervención quirúrgica, mejoró la audición de uno de ellos. Posteriormente, sin embargo, debido al cambio experimentado en sus condiciones físicas, que agravaba los riesgos, fue objeto de una nueva operación para recuperar la audición del otro, lo que dio origen durante su desarrollo, tras la administración de los productos anestésicos, a un "shock" anafiláctico que determinó un estado de coma irreversible, manteniéndose en situación de vida vegetativa hasta su fallecimiento. Como consta en los antecedentes, la sentencia de Primera Instancia absolvió de la reclamación planteada al médico cirujano que practicó la intervención, aunque condenó a la entidad hospitalaria al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados. La sentencia de Segunda Instancia, objeto

estimación -como ya se ha apuntado- del primer motivo del recurso, pues la congruencia de la respuesta judicial hay que relacionarla con lo pedido (se concede en todo, en parte, o no se concede) y con los argumentos jurídicos que fundan la decisión, a no ser que se produzca un cambio de pretensión (que es justamente la razón que subyace en la absolución). Pero lo que no cabe es una especie de incongruencia a la inversa (esto es, como no ha habido cambio de pretensión, hay que dictar otra sentencia), pues este segundo razonamiento entraña un "*error in iudicando*", o sea, un error de fondo que se debe apreciar por otro cauce impugnatorio. En el recurso, que se examina, tal causa la proporciona el segundo y último motivo articulado que denuncia (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la violación por inaplicación del artículo 28 de la Ley 26/84. No comparte esta Sala el criterio -y con ello se discrepa de la sentencia impugnada- que considera inaplicable al caso el referido precepto por no haberse ejercitado la acción correspondiente (en síntesis, el artículo 1903 del Código civil supondría una acción y el artículo 28 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, otra). Tal idea descansa en la precitada noción de la acción como equivalente al derecho que se hace valer en juicio, con olvido de que la más moderna noción de "objeto del proceso" y aún de "pretensión" (recogida sin muchas precisiones técnicas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) configura el "*thema decidendi*" con mayor amplitud al hacerlo descansar entre otros factores, en un componente fáctico de la *causa petendi*, que, efectivamente, no pueda ser alterado por el juzgador ("*da mihi factum...*") mas, también, en unas indicaciones sobre el derecho aplicable que

de recurso, absolvió, también, a la entidad titular jurídica del centro hospitalario en cuestión. Las razones jurídicas utilizadas para llegar al resultado absolutorio por la sentencia impugnada se apoyan en que no apreciada culpa, ni negligencia en el médico demandado, no cabe hacer extensión de la responsabilidad civil por vía del artículo 1903 del Código Civil al Hospital; ni mucho menos, basar la condena, como hace la sentencia de Primera Instancia, en la aplicación del artículo 28 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, puesto que ello supondría aceptar un cambio en la pretensión, no ejercitado ni pedido. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, anulando en consecuencia la sentencia recurrida y, en su lugar, condenó al Servicio Andaluz de la Salud a indemnizar al actor la cantidad de diecisiete millones de pesetas (RJ 1998, 3717).

no vinculan al juzgador ("*dabo tibi ius*"), respecto a la norma que aplica, más que dentro del "*petitum*", conforme a la regla "*iure novit curia*". De aquí se infiere que, cuando los hechos permanecen sustancialmente idénticos, como configuradores de un determinado supuesto normativo (y dentro de la congruencia) la elección de la norma es función netamente judicial. Lo que no puede el juzgador es cambiar la pretensión, introduciendo de oficio una especie de "acumulación de acciones" no ejercitada. Pero si respecto de los "hechos" se produce una concurrencia de normas que permiten la operación de subsunción y alguna de ellas con exclusión de otras se considera más idónea en su aplicación al caso dentro de lo pedido tal cometido se revela formando parte del oficio judicial. Mayores matizaciones, requeriría la figura del "concurso de acciones", distinta aunque relacionada con la acumulación. Empero en el asunto que se examina, no puede decirse que exista "solución de continuidad" entre los elementos fácticos juzgados y la elección del artículo 28 de la Ley 26/84, en vez del artículo 1903 del Código Civil. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997¹⁰⁴⁵ declara refiriéndose a la llamada "unidad conceptual de la culpa" que, en definitiva, trasluce un problema procesal que, tomando en consideración "los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la "*causa petendi*" en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado -por iguales hechos y sujetos concurrentes-, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del "*iura novit curiae*" y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso". Mas recientemente la S.T.S. de 6 de mayo de

¹⁰⁴⁵ RJ 1997, 1240.

1998¹⁰⁴⁶ sigue igual doctrina», en el mismo sentido que la S.T.S. de 8 de abril de 1999¹⁰⁴⁷, la S.T.S. de 22 de diciembre de 2002¹⁰⁴⁸ y la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004¹⁰⁴⁹.

§ 24.º La conclusión que cabe extraer de las citadas sentencias es que, amparada una determinada pretensión procesal en hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda y cuya calificación jurídica puede sustentarse tanto en la culpa contractual como en la extracontractual, o en ambas conjuntamente (sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real), salvado el carácter único de la indemnización, no puede desestimarse la pretensión resarcitoria ni eludir el conocimiento sobre el fondo del asunto sobre la base de que la elección por el perjudicado de la norma aplicable ha sido equivocada o errónea, pues esto pertenece al campo del principio «*iura novit curia*», sin que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza suponga una mutación del objeto litigioso. O, dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento, aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa^{1050, 1051}.

§ 25.º A pesar de ello, no pocas veces, los altos tribunales español y portugués emplean las distintas doctrinas de forma poco homogénea, cuando no manifiestamente contradictoria. Como hemos visto, se inclinan mayoritariamente por la aplicación de los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*», pero no faltan ocasiones en las que se declaran vinculados por la acción

¹⁰⁴⁶ RJ 1998, 2934.

¹⁰⁴⁷ RJ 1999, 2660.

¹⁰⁴⁸ RJ 2003, 914.

¹⁰⁴⁹ RJ 2005, 82.

¹⁰⁵⁰ Véanse, concretamente, la S.T.S. de 24 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1612), la S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660), la S.T.S. de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161), la S.T.S. de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6141), la S.T.S. de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 3717), la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934) y la S.T.S. de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771).

¹⁰⁵¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 185-186.

ejercitada por el demandante. Tal es el caso, en la jurisprudencia hispana, de la S.T.S. de 7 de abril de 2004¹⁰⁵², sobre daños materiales causados por el derrumbe de un edificio, habitado por el actor a título de arrendamiento, debido a su defectuosa construcción, siendo el constructor el esposo de la arrendadora demandada. La demanda se dirigió contra la arrendadora por la vía extracontractual, habiendo sido desestimada en la Primera Instancia y parcialmente estimada en la Segunda, que calificó la acción como derivada de una responsabilidad contractual. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, al mantener que ésta había resuelto la cuestión litigiosa mediante «la apreciación de un incumplimiento contractual (...), invocando un precepto legal no alegado en la demanda, como si, por el demandante, se hubiera ejercitado una acción por culpa contractual, con la consiguiente indefensión para la demandada recurrente en casación. De ahí que ha de calificarse la sentencia de instancia de incongruente.» Así, el alto tribunal entendió que sustentar el fallo en una fundamentación jurídica diferente a la expresada en la demanda generaría indefensión a la demandada, considerando que «hay excepciones al uso del "iura novit curia", como son los supuestos en que la aplicación de una norma jurídica no invocada, provoca la indefensión de quien no puede pensar en los argumentos que signifiquen su inaplicación (sentencia de 13 de diciembre de 1996). En este sentido dice la sentencia de 10 de octubre de 2002 "que para una perfecta congruencia de la sentencia es preciso que el punto de vista jurídico de la misma, se haga con acatamiento del componente jurídico de la acción que se ejercita (sentencias de 7 y 15 de diciembre de 1993 y 21 de junio de 1994)", y añade; "es más, como dice la sentencia de 30 de diciembre de 1980¹⁰⁵³, si se ejercita la acción extracontractual, invocando los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, no se puede alterar el núcleo de la cuestión, para resolverla como si se hubiera ejercitado la acción devenida del contrato o de su incumplimiento; y lo mismo ha de acaecer en un planteamiento a la inversa. En el mismo sentido se

¹⁰⁵² RJ 2004, 2053.

¹⁰⁵³ RJ 1980, 4815.

pronuncia la sentencia de 14 de febrero de 1994 y la de 8 de octubre de 1995". Después de señalar el distinto régimen jurídico a que se encuentran sometidas las acciones extracontractual y la contractual, dice la sentencia de 18 de octubre de 1995: "De ahí que no es lo mismo condenar al demandado por una u otra culpa, según el criterio del órgano judicial, salvo que el actor se haya limitado a exponer los hechos y su petición de indemnización, dejando a aquél la selección de la norma aplicable. Por tanto, si no se ha ejercitado acción de responsabilidad contractual, no se puede condenar a "F.S.A." por ella, ya que la dejaría en indefensión al no haber podido alegar nada sobre la cuestión en los escritos expositivos del pleito. Es ésta doctrina de esta Sala que cita en su fundamento jurídico segundo. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Juzgador no puede alterar de oficio la acción ejercitada, "pues, si tras haber ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "Thema decidendi" (sentencia 222/1994, de 18 de julio, Sala 2ª)".»

§ 26.º En la S.T.S. de 7 de octubre de 2002¹⁰⁵⁴, el Tribunal Supremo español resolvió de forma análoga a la S.T.S. de 7 de abril de 2004¹⁰⁵⁵. Los demandantes habían tomado en traspaso un determinado local de negocio, pero se vieron obligados a dejarlo a disposición de su propietario, al haber sido declarado resuelto el contrato de arrendamiento por sentencia firme, debido a que el anterior arrendatario no había notificado previamente a aquél su intención de traspasar. Dicha notificación había sido encargada al Notario autorizante de la escritura de traspaso, notificación que éste no llevó a cabo, por lo que fue demandado por aquéllos por la vía extracontractual. El Juzgado de Primera Instancia acogió la excepción de prescripción de la acción y desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial. En el

¹⁰⁵⁴ RJ 2003, 357.

¹⁰⁵⁵ RJ 2004, 2053.

recurso de casación, los demandantes alegaron que el tribunal debía haber aplicado el principio «*iura novit curia*» y haber considerado que la acción ejercitada lo era por responsabilidad contractual. El recurso fue desestimado por el Tribunal Supremo.

§ 27.º Del mismo modo, la S.T.S. de 9 de junio de 1997¹⁰⁵⁶ declaró que, al admitir la jurisprudencia la doctrina de la «yuxtaposición de la culpa contractual y extracontractual», cuando se ejercita la acción por cualquiera de ambas vías (en el caso concreto, lo era por la extracontractual), no procede desplazar la cuestión al ámbito de la otra, citando la S.T.S. de 6 de octubre de 1992¹⁰⁵⁷, la S.T.S. de 15 de febrero de 1993¹⁰⁵⁸ y la S.T.S. de 11 de marzo de 1996¹⁰⁵⁹, entre otras.¹⁰⁶⁰

§ 28.º En la jurisprudencia lusa, véase la sentencia del S.T.J. de 10-07-2012¹⁰⁶¹, sobre un accidente ocurrido en la piscina de un Parque Acuático. En el momento en que el actor se preparaba para resbalar por el tobogán, la utilización del mismo fue suspendida por los vigilantes del Parque, con motivo de la paralización del caudal de agua que circulaba por él, causada por sucesivas interrupciones de energía eléctrica, debido a las tormentas que entonces se verificaban; pero cuando el agua volvió a correr, el actor se sentó en el alto del tobogán con las piernas hacia adelante, cambiando la posición en que seguía durante el recorrido, pasando a deslizarse de rodillas y después tendido de cabeza hacia adelante, en contra de las normas de seguridad del Parque Acuático. En virtud del impacto provocado por la entrada en el agua en la posición ventral, el cuello del actor sufrió una flexión forzada, lo que le provocó una tetraplejía y se quedó con una discapacidad del 80%. Este cuadro clínico es

¹⁰⁵⁶ RJ 1997, 4731.

¹⁰⁵⁷ RJ 1992, 7529.

¹⁰⁵⁸ RJ 1993, 771.

¹⁰⁵⁹ RJ 1996, 2415.

¹⁰⁶⁰ Véanse, también, la S.T.S. de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2742) y la S.T.S. de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1468).

¹⁰⁶¹ Proceso: 1400/04.2TBAMT.P1.S1.

irreversible, lo que le impide desempeñar cualquier tipo de actividad y ejercer la profesión de futbolista profesional. El Tribunal de Primera Instancia absolvió las demandadas (la sociedad propietaria y la sociedad concesionaria del Parque Acuático) y el de Segunda Instancia mantuvo inalterada la resolución dictada en Primera Instancia, de la cual el actor interpuso un recurso ante el Supremo Tribunal de Justicia. Estima el recurrente que «(el) tribunal *a quo* no ha apreciado los diversos marcos jurídicos en el ámbito de la responsabilidad civil, en particular la hipótesis de responsabilidad contractual, o incluso la responsabilidad por el riesgo, por lo que la (...) Decisión impugnada es nula, por omisión de pronunciamiento, en conformidad con el artículo 668.1, d), del (antiguo) C.P.C.¹⁰⁶²».

§ 29.º El alto tribunal portugués consideró en su decisión que «la congruencia - principio adoptado de forma expresa en el ordenamiento jurídico procesal español (cfr. al artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) - como principio referente al desarrollo del proceso, expresa los límites del juicio jurisdiccional, es decir, el ámbito que se debe alcanzar y que la sentencia no debe sobrepasar, fundamentalmente en el aspecto del pronunciamiento del veredicto, pero también en el intelectual y lógico (fundamentos de la decisión). El mencionado principio, que en el ordenamiento jurídico procesal indígena encuentra asiento en los artículos 264 y 661 del (antiguo) C.P.C.¹⁰⁶³, se desdobra en tres vertientes o se asume como orientador de tres proposiciones paradigmáticas, a saber: adecuación de la sentencia a las pretensiones de las partes, de manera que aquélla dé sustentada respuesta a todas ellas; correlación entre las pretensiones de tutela y los pronunciamientos de la decisión; armonía entre lo solicitado y lo decidido. (...) Una sentencia es congruente en la medida en que decide en la coherencia interna del proceso y es incongruente, aunque

¹⁰⁶² Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente al art. 615/1, d), del actual C.P.C.).

¹⁰⁶³ Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente a los arts. 5 y 609 del actual C.P.C.).

revelando coherencia en su argumentación lógico-racional, si se aparta de la estructura performativa que resulta o deriva de la composición de intereses puestos en tela de juicio en la causa. Pueden ocurrir incongruencias cuando en la sentencia dejen de hacerse declaraciones que las pretensiones requieran o se omitan declaraciones o decisiones sobre puntos litigiosos. La doctrina alemana y austríaca se refieren, en este caso, al "instituto del procedimiento de integración". En este supuesto, si ocurre omisión de pronunciamiento no existe violación del principio de congruencia, o sea que la sentencia no debe reputarse de incongruente. De lo que se trata es de una sentencia incompleta y lo que habrá es que completarla, mediante petición de la parte. Según una corriente se llamaría a este vicio "incongruencia omisiva", en violación de lo que se denomina principio de exhaustividad. La regla o principio de incongruencia o incoherencia, que (...) debe cumplirse entre las alegaciones de hecho, no se aplica a las alegaciones de derecho de la acción o de la contestación, ya que puede ocurrir divergencia y disconformidad entre estas alegaciones y la decisión, debido a que el tribunal no está sujeto ni vinculado a las alegaciones jurídicas o indicaciones normativas que las partes suministren. (...) Se consubstancia en este procedimiento la regla "*iura novit curia*" - el tribunal conoce del derecho y esto porque el derecho no tiene que ser probado; el tribunal puede y debe aplicar el derecho que conoce como estime más acertado, siempre que se atenga a la causa de pedir, es decir, al genuino fundamento - no a la motivación - de la pretensión. El presupuesto de la correcta aplicación de la regla "*iura novit curia*" es doble: 1.º que el tribunal respete, en su esencia, la *causa petendi* de la pretensión del litigante; 2.º que los demás litigantes hayan podido, del mismo paso que el tribunal, conocer y confrontar ese genuino fundamento de la pretensión, lo que equivale a la observancia de los principios de igualdad de las partes y de audiencia o de contradicción. La ley delinea y modela la estructura de la sentencia - cfr. al artículo 659 del (antiguo) C.P.C.¹⁰⁶⁴ - puntuando las partes

¹⁰⁶⁴ Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente al art. 607 del actual C.P.C.).

en que se estructura y las cuestiones que debe apreciar y decidir. Delineada la estructura de este acto jurisdiccional (por excelencia), el desvío del modelo generado por el legislador ocasiona una patología en la formación y estructuración de la decisión susceptible de viciar el acto de nulidad.»

§ 30.º En este proceso, entiende el demandante que «el tribunal violó el principio de exhaustividad o pronunciamiento cabal, por haber dejado de emitir pronunciamiento sobre una cuestión que había sido debatida o aportada por la parte durante el procedimiento, a saber, la omisión de pronunciamiento en cuanto a la relación jurídica de donde emerge la obligación de indemnizar - contractual o extracontractual, y en ésta con presunción de culpa para el dañante o por el riesgo». El Supremo Tribunal de Justicia portugués considera que «como ya se ha señalado anteriormente, la omisión de pronunciamiento constituye una incompletud de la decisión que puede subsanarse por la integración, en el acto decisorio, de la apreciación, por el tribunal que la pronunció, de la cuestión que la sentencia omitió. La nulidad de la sentencia - cfr. al artículo 716, apartado 1, del (antiguo) C.P.C.¹⁰⁶⁵ - por omisión de pronunciamiento, en cuanto a cualquiera de las cuestiones que la parte alegó y quiso someter a la decisión del tribunal, se conecta de forma inderogable con lo estipulado en el apartado 2 del artículo 660 del (antiguo) C.P.C.¹⁰⁶⁶ cuando establece que “(el) juez debe resolver todas las cuestiones que las partes hayan sometido a su apreciación, exceptuadas aquéllas cuya decisión esté perjudicada por la solución dada a otras. No puede ocuparse más que las cuestiones suscitadas por las partes, salvo si la ley le permite o impone el conocimiento oficioso de otras”. (...) La cuestión esencial que el actor planteó ante el tribunal, traducida en hechos que pretenden inculcar la responsabilidad a las demandadas por la ocurrencia de una situación que ocasionó un estado lesivo en el cuerpo del actor, fue la imposición de la

¹⁰⁶⁵ Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente al art. 666 del actual C.P.C.).

¹⁰⁶⁶ Aprobado por el Decreto-Ley n.º 44.129, de 28 de diciembre de 1961, en la redacción en vigor a 31 de agosto de 2013 (correspondiente al art. 608 del actual C.P.C.).

obligación de indemnizar a cargo de las demandadas responsables de la producción del resultado dañoso verificado en la esfera personal del actor. En rectas y llanas razones, el actor pretende ser resarcido por los daños que, en su juicio, hubieran sido causados por un deficiente e ilícito estado en que se encontraría la piscina donde tuvo que desaguar después de haber recorrido el tobogán que se había dispuesto a resbalar. Es de este hecho que emerge la cuestión de derecho que una vez probada, si se llegara a demostrar, haría surgir la obligación de indemnizar por parte de las demandadas sobre la base de la responsabilidad civil contractual o aquiliana. Como se sabe la ley procesal portuguesa consagra el principio de la comprobación, según el cual no basta la indicación genérica del derecho que se pretende hacer cumplir, sino que será necesaria la indicación específica del hecho constitutivo de ese derecho» - aduce el alto tribunal para desestimar la pretensión.

§ 31.º En realidad, las más de las veces esto no supone una modificación, en lo sustancial, del resultado del pleito, pero introduce elementos de confusión. Si se quiere mantener una doctrina coherente, o se suprimen aquellos principios o el único límite a su aplicación debe venir definido por la concreta relación jurídico-procesal constituida por las partes, cuando sea posible la aplicación de dos o más conjuntos normativos; es decir, el límite vendría dado por la interdicción de la *mutatio libelli* y, en consecuencia, de la indefensión¹⁰⁶⁷.¹⁰⁶⁸

§ 32.º No obstante, la circunstancia de que el derecho de opción constituya una solución aceptable en los casos fronterizos, no debe servir, sobre todo cuando claramente no lo sean, para ir más allá y liberar al órgano jurisdiccional de su inexcusable función de calificar jurídicamente los hechos,

¹⁰⁶⁷ Véase, a este respecto, el punto 3. Colisión entre los Principios «*Lura Novit Curia*» y de Congruencia de las Sentencias del cap. VI – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPECIAL.

¹⁰⁶⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 188.

haciéndolo de forma correcta, por mucho que el resultado sea idéntico¹⁰⁶⁹. Véase, en la jurisprudencia española, la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000¹⁰⁷⁰. La cuestión litigiosa se centraba principalmente en torno al ejercicio por la actora de la acción subrogatoria, que contempla el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, con el fin de obtener el resarcimiento de la cantidad de 52.638.898 pesetas, satisfecha por razón del contrato de seguro de incendios, mediante el que se amparaban las existencias y mercancías almacenadas por la asegurada en una nave de un Polígono Industrial, de la que era arrendataria una compañía de transportes, y que resultó destruida, al igual que las mercancías y existencias en ella depositadas, por causa de un incendio originado en el interior de dicha instalación. La sentencia del Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, en el sentido de condenar a algunos de los demandados a que indemnicen con carácter solidario al consorcio actor en la suma que se determine en ejecución de sentencia, como importe de las existencias y mercancías en la nave siniestrada. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, la compañía de transportes (recurrente) alega que la sentencia impugnada no ha valorado que se demandó en virtud de supuesta responsabilidad extracontractual, con base en el artículo 1902 del Código Civil y, sin embargo, la condena fue efectuada respecto a esa misma compañía por supuesta responsabilidad contractual. El Tribunal Supremo desestima este motivo primero del recurso «porque el fundamento de derecho tercero de la sentencia del Juzgado, que ha sido asumido por la decisión de la Audiencia, advierte de las razones por las que queda determinada la responsabilidad aquiliana de la entidad recurrente (la carencia en la nave arrendada por ésta de los medios necesarios para la extinción de incendios y el hecho de contratar el porte de bidones de pinturas y

¹⁰⁶⁹ Circunstancia que, por otra parte, no da lugar a la casación de la sentencia de instancia, aunque se estime alguna o algunas de las alegaciones del recurso [por todas, la española S.T.S. de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8678), en la que estaba en causa el fallecimiento del inquilino por electrocución en un piso arrendado, debido al defectuoso estado del frigorífico de la vivienda, imputable tanto al arrendador como al arrendatario].

¹⁰⁷⁰ RJ 2000, 9445.

disolventes, que resultan inflamables, con (...) quién pilotó el camión (...), con la autorización del propietario (...), pese a que el vehículo no tenía idoneidad para este transporte y su conductor carecía de habilitación para ello), y si bien integra también las obligaciones de naturaleza contractual de dicha litigante al ser depositaria de bienes (...), ello constituye una aportación que no desdibuja la acreditada responsabilidad por culpa extracontractual, la cual constituye el fundamento de la sanción judicial¹⁰⁷¹, de acuerdo con la posición jurisprudencial sentada, entre otras, por la S.T.S. de 5 de julio de 1994¹⁰⁷², cuando dice que "si surgen daños en el marco contractual, pero fuera de su contenido obligacional, no dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, no opera entonces la responsabilidad contractual, sino la surgida fuera del contrato"». Aunque el resultado sea idéntico, el órgano jurisdiccional no se puede liberar, como hizo en este caso, de su inexcusable función de calificar jurídicamente los hechos.

§ 33.º Asimismo, si se ejercita la acción por la vía extracontractual, el tribunal podrá fallar a favor del demandante, pero modificando la calificación y la fundamentación jurídica, pues así se lo permite el hecho de que no esté vinculado por la calificación y fundamentación realizada por las partes. Sirva de ejemplo la S.T.S. de 16 de diciembre de 1996¹⁰⁷³, proferida en una acción de reclamación por daños extracontractuales contra un Abogado. El Juzgado de

¹⁰⁷¹ Diferentemente, en la S.T.S. de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7526), también en un caso de destrucción por incendio de un local arrendado y otro cedido en comodato, se considera que «la responsabilidad de las entidades aseguradas no nace del art. 1902 del Código civil, sino de la obligación de guarda y custodia de la cosa impuesta respectivamente al arrendatario y al comodatario». Del mismo modo, se entiende «que la responsabilidad que se exige a la arrendataria es la nacida del contrato de arrendamiento, contrato que si bien concede el uso y posesión de la cosa arrendada, le impone al arrendatario (por esa posesión real), la obligación de conservarla en el estado que le fue entregada, de forma que de acuerdo con el art. 1563 del Código civil, responde de la pérdida o deterioro de la misma, salvo que acredite que se ocasionaron sin culpa del arrendatario, de aquí que se diga, en el supuesto de pérdida o deterioro, que existe una inversión de la carga de la prueba de la culpa (contraponiéndolo a la versión contraria del art. 1902), pero lo que ocurre en realidad es que con la pérdida o deterioro, se da el incumplimiento a la obligación de guarda y custodia de la cosa, y para que quede libre de esa responsabilidad contractual, se exige al arrendatario que acredite que se perdió o deterioró sin su culpa».

¹⁰⁷² RJ 1994, 5602.

¹⁰⁷³ RJ 1996, 8971.

Primera Instancia había dictado sentencia estimando la excepción de prescripción de la acción, sentencia esta que fue confirmada por la Audiencia Provincial. La estimación de la excepción se fundó en que, habiéndose interrumpido el plazo de prescripción de la acción ejercitada al amparo del artículo 1902, en virtud de requerimiento notarial realizado por el Abogado en representación de los aquí recurrentes, dejó transcurrir más de un año sin realizar ningún acto interruptor de la prescripción. En el desarrollo del motivo tercero del recurso, «se tacha a la sentencia "a quo" de incongruente "por cuanto ha mutado y trastocado la "causa petendi" que los demandantes concretan y ubican dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y sin embargo la sentencia (...) determina que las relaciones que ligan a las partes lo son de índole contractual"; concebida la "causa petendi" como el acaecimiento histórico o relación de hechos que, al propio tiempo que delimitan e individualizan la demanda, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, la sentencia de instancia no ha alterado el relato fáctico en que se apoya la demanda ni se ha basado en acontecimientos o hechos distintos de los en ella invocados, por lo que no se ha producido cambio alguno en la "causa petendi" de la pretensión indemnizatoria ejercitada. En cuanto al cambio de acción que se aduce es de aplicar lo dicho en sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1992¹⁰⁷⁴ a cuyo tenor "cuando un hecho dañoso es violación de un obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en conflicto (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo mas completo posible", ante esa posibilidad de que el demandante aporte únicamente al Juzgador los hechos en que funda su pretensión, sin proceder a calificar o designar en cual de las dos clases de culpa se encuadran aquéllos, no

¹⁰⁷⁴ RJ 1992, 7529.

puede negarse la facultad del tribunal para que, en aplicación del principio "iura novit curia" aplique las normas jurídicas que estime mas adecuadas, aunque sean distintas de las alegadas por la parte como fundamento de su pretensión, como ha ocurrido en el caso. Por todo ello ha de desestimarse el motivo tercero; asimismo, por lo últimamente expuesto, ha de rechazarse el motivo octavo en que se alega infracción del principio "iura novit curia" y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, por alteración de la "causa petendi" y de la acción ejercitada en la demanda, en el sentido antes dicho.» De este modo, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

§ 34.º Así, la posibilidad de modificar la fundamentación jurídica, sin que por ello se estime variación en la *causa petendi*, ha resultado admitida por el Tribunal Supremo español, en caso de que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual¹⁰⁷⁵. El único límite es, como queda dicho, aparte de los derivados de consideraciones técnico-dogmáticas, que el cambio de calificación provoque una situación de indefensión de la contraparte^{1076 1077} o bien que el acogimiento de la demanda por responsabilidad extracontractual implique un desequilibrio intolerable en la específica distribución de riesgos, legal

¹⁰⁷⁵ Véanse la S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240), la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934), la S.T.S. de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583) y la S.T.S. de 14 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8063).

¹⁰⁷⁶ Véase, a este respecto, el punto 3. Colisión entre los Principios «*Iura Novit Curia*» y de Congruencia de las Sentencias del cap. VI – DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO EN ESPECIAL.

¹⁰⁷⁷ Según la S.T.S. de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8027), «Como regla general, el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, respetando la relación jurídica procesal establecida por las partes. Pero no puede tacharse de incongruente la resolución que funda la decisión en normas de responsabilidad distinta de las invocadas, en base a este concepto de "unidad de culpa" con integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda. Desde esta idea, y desde la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, lo que se ha hecho es identificar el origen o causa del daño a través del relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica que, en casos de culpa, no vincula al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, ni excusa un pronunciamiento de fondo si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa; solución que no confunde una y otra responsabilidad, como no podía ser de otra forma».

o convencional, aplicable o derivada de una previa relación jurídica entre las partes, dentro de cuyo marco se produjo el daño¹⁰⁷⁸.

3. Supuestos no aceptados por la jurisprudencia

§ 35.º Lo que siempre ha negado la jurisprudencia es el ejercicio simultáneo de ambas acciones, aun cuando la lesión provenga de un mismo hecho, como sucede en la S.T.S. de 20 de febrero de 1964¹⁰⁷⁹, en la que estaba en causa una acción de reclamación de daños deducida por los vecinos de unos garajes arrendados para guardar autobuses y vehículos particulares contra la Compañía arrendataria, en consecuencia de un incendio que tuvo origen en los garajes de la demandada. Posteriormente y con motivo del pleito seguido contra la Compañía demandada, sobre resolución de contrato con pérdida de la cosa, la actitud de ésta, que no ha venido a abandonar el local arrendado ni a pagar los daños causados, obligó a los propietarios de los garajes a promover contra ella el oportuno juicio sobre resolución de contrato de arrendamiento, que ha sido resuelto definitivamente por la S.T.S. de 3 de junio de 1962¹⁰⁸⁰, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, declarando resuelto aquel contrato y condenándola al desalojo de los locales, al desestimar el recurso que se interpuso por la misma contra la sentencia de la Audiencia Territorial.

§ 36.º En el proceso que culminó con la S.T.S. en cuestión¹⁰⁸¹, el Juez de Primera Instancia desestimó la excepción de cosa juzgada y de prescripción, estimando parcialmente la demanda y condenando a la entidad demandada a que abone el 50 por 100 de los daños ocasionados en los locales que tenía arrendados. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por las representaciones de ambas partes litigantes, la Audiencia

¹⁰⁷⁸ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 189.

¹⁰⁷⁹ RJ 1964, 1038.

¹⁰⁸⁰ RJ 1962, 3165.

¹⁰⁸¹ S.T.S. de 20 de febrero de 1964 (RJ 1964, 1038).

Territorial dictó sentencia confirmando en parte y en parte revocando la sentencia recurrida, ya que desestimó las excepciones de cosa juzgada y prescripción opuestas por la demandada y estimó parcialmente la demanda, condenando a la entidad demandada al pago de una indemnización. La Compañía demandada ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia de la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo consideró que «el artículo 1902 del Código Civil, sancionador del principio "neminem laedere", sólo es aplicable para corregir o reparar el daño producido por un acto antijurídico contrario a las relaciones impuestas por la convivencia social, pero no cuando los contendientes estén íntimamente ligados por un convenio anterior, por entrar entonces en juego el artículo 1101 de dicho Código, sin que sea factible ejercitar simultáneamente las acciones conferidas por ambas normas legales, aun cuando la lesión originada provenga de un mismo hecho y sin que en los supuestos de responsabilidades emanadas del incumplimiento de obligaciones, se someta el plazo de prescripción a la regla contenida en el número 2º del artículo 1968, sino a la consignada en el número 1964, de carácter general para las acciones personales, "que como con reiteración ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 10 de julio de 1928, 20 de marzo de 1930 y 2 de febrero de 1940, la apreciación del importe del resarcimiento en estos casos ("certa pecunia"), es función propia y discrecional del tribunal de instancia, inimpugnabile en casación, ni en último término debe dejarse de tener presente, a estos efectos la desvalorización del dinero producida por el transcurso del tiempo, como se desprende del contenido de la sentencia de esta Sala, de 15 de diciembre de 1950, por todo lo cual el recurso debe ser desestimado en su totalidad».

§ 37.º Tampoco ha permitido la jurisprudencia española la posibilidad de que las partes puedan seleccionar a su conveniencia las normas de uno y otro

sistema¹⁰⁸² y solicitar la aplicación de aquellas que les sean más favorables, como ocurre en la S.T.S. de 15 de marzo de 1993¹⁰⁸³. Se trata de un caso en el que el actor había ejercitado acción de responsabilidad por culpa contractual (art. 1101 del Código Civil en relación con el art. 1544 del mismo Cuerpo legal), por las secuelas que le han quedado, derivadas de la reacción alérgica que tuvo como consecuencia de la exploración angiográfica utilizando contraste yodado a la que fue sometido en el Hospital, promovida contra el medico especialista del Servicio de Radiología de dicho Hospital y contra el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD). Los demandados, además de oponerse al fondo de la acción ejercitada, por entender que no había habido ninguna imprudencia o negligencia en la práctica de la exploración radiológica (angiografía) al actor, adujeron también, con base en el art. 1962.2.º del Código Civil, la excepción de prescripción de la acción, por haber transcurrido más de un año desde la notificación al actor (21 de enero de 1987) del auto decretando el archivo de las actuaciones penales seguidas con relación a los mismos hechos, hasta la formulación de la reclamación previa en vía gubernativa al INSALUD (8 de abril de 1988) y la posterior presentación (en 5 de agosto de 1988) de la demanda iniciadora de este proceso. La sentencia de Primera Instancia declara que la acción ejercitada es de responsabilidad por culpa contractual derivada de un contrato de arrendamiento de servicios, por lo que el plazo de prescripción de la misma es el de quince años que establece el art. 1964 del Código Civil y no el de un año que para la responsabilidad extracontractual señala el art. 1968.2.º del mismo cuerpo legal. No obstante ello, aprecia que ha existido un funcionamiento anormal del Servicio Público de la Sanidad, por lo que, aplicando al caso los arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, estima parcialmente la demanda y condena al INSALUD a que indemnice al demandante. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto

¹⁰⁸² Como podría suceder en la denominada “Tercera Vía” de la responsabilidad civil (véase, a este respecto, el punto 2. Concurrencia de Normas del cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL).

¹⁰⁸³ RJ 1993, 2276.

únicamente por el INSALUD (y al que no se adhirió el demandante), después de declarar (como había hecho antes el Juez) que la acción ejercitada en este proceso por el demandante es la de responsabilidad por culpa contractual, derivada de un contrato de arrendamiento de servicios (pues el demandante acudió al Hospital, no como afiliado o beneficiario de la Seguridad Social, sino como particular ajeno a la misma), por lo que el plazo de prescripción que ha de aplicarse a dicha acción es el de quince años que establece el art. 1964 del Código Civil y no el de un año establecido por el art. 1968.2 del mismo cuerpo legal (para la acción de responsabilidad por culpa extracontractual), la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia recurrida y desestima también la demanda con respecto al INSALUD, al que absuelve de la misma, manteniendo subsistente el pronunciamiento absolutorio del médico codemandado. Contra esta sentencia de la Audiencia, interpone el actor recurso de casación. En el motivo único del recurso, el recurrente viene, en esencia, a aducir que la jurisdicción civil es competente para conocer de la reclamación formulada en este proceso y que, habiendo existido un funcionamiento anormal del servicio público de la sanidad, ha de declararse la obligación de indemnizar que corresponde al Estado.

§ 38.º El Tribunal Supremo español, en la referida sentencia recaída en este proceso¹⁰⁸⁴, desestima dicho motivo único del recurso de casación, considerando que «siendo la acción ejercitada por el actor, ahora recurrente, única y exclusivamente la de responsabilidad por culpa contractual, derivada del contrato de arrendamiento de servicios médicos (...), no cabe la posibilidad de acudir a los arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (...) para resolver el asunto litigioso en los términos en que el mismo fue planteado por el actor y luego debatido en el proceso, ya que el principio *iura novit curia* (...) no puede tener, ni tiene, una virtualidad resolutoria absoluta e ilimitada, sino que necesariamente ha de detenerse en aquellos supuestos en

¹⁰⁸⁴ S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2276).

que la utilización del mismo suponga una alteración de la *causa petendi* (Sentencias de esta Sala (1.ª) de 1 de diciembre de 1988¹⁰⁸⁵, 11 de mayo¹⁰⁸⁶ y 16 de octubre de 1989¹⁰⁸⁷, entre otras) por la evidente indefensión en que se deja a las partes (o a alguna de ellas), que es lo que ocurrió con la sentencia del Juez (certeramente revocada por la Audiencia), pues si la excepción de prescripción de la acción, aducida oportunamente por los demandados con base en el núm. 2.º del art. 1968 del Código Civil, fue desestimada por entender (acertadamente) que la acción ejercitada por el actor es la de responsabilidad por culpa contractual, por lo que el plazo de prescripción de la misma es el de quince años (art. 1964 del citado Cuerpo legal), no cabe la posibilidad (ni el *iura novit curia* lo permite) de que el juzgador (nos referimos al de primera instancia), olvidándose ahora de la naturaleza de la única acción ejercitada (que es la que ha tenido en cuenta, precisamente, para desestimar la aducida excepción de prescripción), aplique luego unos preceptos (en los que el actor no tundo su acción) distintos, y totalmente ajenos a la responsabilidad por culpa contractual, para resolver el fondo de la cuestión litigiosa, pues con ello creó una situación de verdadera indefensión (radicalmente proscrita por el art. 24.1 de la Constitución) para el demandado INSALUD, el cual quedó privado de haber podido aducir la excepción de prescripción o caducidad de la acción (también con el plazo de un año) que establece el párrafo 3º del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (que era la vigente en la fecha a que se refiere este proceso) y que, indudablemente, hubiera tenido derecho a aducir, si hubiera conocido que la acción que luego se iba a tener por ejercitada por el actor no era la de responsabilidad por culpa contractual, sino la que establecen los arts. 40 y 41 de la citada ley, que son los que aplicó el Juez en su sentencia, siendo éste el sentido exacto en que ha de ser entendida la motivación jurídica (...) de la sentencia recurrida cuando (...) declara inaplicables dichos preceptos al presente supuesto litigioso».

¹⁰⁸⁵ RJ 1988, 9284.

¹⁰⁸⁶ RJ 1989, 3757.

¹⁰⁸⁷ RJ 1989, 6926.

§ 39.º Además, no está admitida la duplicidad de indemnizaciones, como se puede verificar en la S.T.S. de 2 de abril de 1997¹⁰⁸⁸, en la senda de la la S.T.S. de 18 de octubre de 1983¹⁰⁸⁹. La S.T.S. de 2 de abril de 1997 se pronunció en un caso en que la Comunidad de Propietarios del «Edificio M.» formuló demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios, contra la Comunidad de Propietarios del «Edificio C. M.» y contra los titulares propietarios de partes determinadas de dicho edificio que conformaban dicha comunidad de propietarios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, pero, en grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia del Juzgado. La Comunidad actora interpuso recurso de casación, que tiene por objeto la impugnación del pronunciamiento del fallo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por el que «se condena a los titulares propietarios de partes independientes de la Comunidad de Propietarios del Edificio C. M. a que de modo solidario indemnicen a la Comunidad de Propietarios del Edificio M. en la cantidad de setecientas setenta y tres mil trescientas dieciocho pesetas (773.318 ptas.), más su interés legal previsto en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Todavía, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, acudiendo a la S.T.S. de 13 de abril de 1987¹⁰⁹⁰, citada en la de 28 de abril de 1992¹⁰⁹¹, «al decir que no existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad del dañador comprende (artículos 1106 y 1902 del Código Civil), tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma. Declarado por la sentencia recurrida que la reparación efectuada (al pago de cuyo importe se condena a los recurridos) deja

¹⁰⁸⁸ RJ 1997, 2727.

¹⁰⁸⁹ RJ 1983, 5332.

¹⁰⁹⁰ RJ 1987, 2706.

¹⁰⁹¹ RJ 1992, 4466.

el muro en mejores condiciones que las que tenía antes de producirse el daño, ha de entenderse que la condena establecida satisface ese principio de indemnidad que rige en esta materia, sin que pueda pretender la actora recurrente que se construya un nuevo muro de contención de la longitud y características técnicas que se contienen en el proyecto formulado por los técnicos a quienes se encargó su confección. (...) Por ello restaurado el muro a su estado anterior al evento dañoso, no puede imponerse el causante del daño la ejecución de un nuevo muro que supla la carencia de eficacia en orden a la contención del talud de que adolece aquel muro, dando así cumplimiento a las exigencias de la Administración municipal en cumplimiento de lo establecido en la legislación urbanística, puesto que esa falta de capacidad de contención del muro no es consecuencia del actuar dañoso imputado a los recurridos sino de la solución constructiva adoptada en su momento. Es de advertir que la propiedad Comunidad recurrente, en el escrito de su administrador al Ayuntamiento (folio 854) entiende que con la reparación realizada quedaba subsanado el problema.»

§ 40.º La duplicidad de indemnizaciones no se admite siquiera en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español que defienden que «son netamente diferenciables los regímenes de las responsabilidades contractuales y extracontractuales y de preferente aplicación "Ínter partes" esta última; condensándose las diferencias caracterizadoras de los respectivos regímenes, principalmente en su distinto origen; en la capacidad del sujeto responsable; en el grado de la culpa; en el contenido del deber de indemnizar; en las cláusulas de regulación; en el diferente plazo preceptivo; en la competencia, en la pluralidad de deudores y en el carácter de solidaridad que es propio de las nacidas fuera del contrato; habiéndose precisado en cuanto a la diferencia por el origen de que se sigue la aplicabilidad de uno u otro régimen, que la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedentes entre las partes, fuera del deber generado y común a todos los hombres del "alterum non

laedere", mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato», como la S.T.S. de 19 de junio de 1984¹⁰⁹².

§ 41.º En la citada sentencia, se aprecian las pretensiones objeto de los dos juicios acumulados de que el respectivo recurso de casación dimanara, en virtud de haberse producido un incendio en el local de negocio cedido en arrendamiento a uno de los demandados y en el que el otro trabajaba, pretendiendo los cónyuges demandantes una indemnización correspondiente a la destrucción por el incendio del inmueble de que formaba parte integrante el local de negocio, de la propiedad de ambos consortes, así como del mobiliario, enseres, ropas y en general ajuar doméstico, pues habitaban a la sazón el piso segundo. A las anteriores actuaciones fueron acumulados autos, por una entidad bancaria y por una compañía de seguros, contra los mismos demandados, por efecto del contrato de seguro de incendio y en la calidad de subrogadas en el lugar de los propietarios, por haberles satisfecho una indemnización conforme a la póliza de seguro contra incendios. La sentencia de primer grado estima sustancialmente la pretensión de los cónyuges, sin otra modificación que la de reducir el *quantum* de la indemnización. Contra la anterior sentencia se interpuso, por la parte demandada, recurso de apelación que fue admitido por la Audiencia Territorial, confirmando la sentencia apelada y condenando los demandados a que indemnizaran solidariamente a los actores. La parte demandada formalizó recurso de casación por infracción del artículo 1091, en relación con los 1101 y 1105, todos ellos del Código Civil, infringidos por el concepto de violación por inaplicación, «ya que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse al tenor de los mismos, siendo que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables» (motivo primero); y también por infracción del artículo 1902 del Código Civil, en relación con los 1903 y 1.901, todos ellos del mismo Cuerpo legal, y el artículo 413 del

¹⁰⁹² RJ 1984, 3250.

Código de Comercio, infringido por el concepto de violación por aplicación indebida, «pues, cuando existe una relación obligatoria entre partes, quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella, y el asegurador, pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado, contra todos los autores o responsables del incendio, por cualquier carácter o título que sea» (motivo segundo).

§ 42.º En este caso, el Tribunal Supremo consideró que «no oponiéndose a la diferenciación el que (como exponen multitud de sentencias, desde la de 24 de marzo de 1952¹⁰⁹³ a la de 5 de julio de 1983¹⁰⁹⁴) existan puntos de coincidencia por cuanto, conforme al principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo antecedente, siempre queda constituido el dañador en sujeto de una obligación que responde a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico que a la de indemnizar asigna el artículo 1.106 del Código Civil, originando esa común finalidad reparadora unas notas comunes entre ambas clases de culpa: la producción de un daño, la atribubilidad del mismo a un sujeto y el deber de éste de resarcir; siendo lo que más importa (como recuerdan las ya citadas sentencias de 18 de octubre¹⁰⁹⁵ y 16 de noviembre de 1983¹⁰⁹⁶), el evitar la duplicidad de indemnizaciones (cuando del patrimonio económico se trate; no así cuando son inmateriales los bienes dañados) con enriquecimiento injusto del acreedor».

¹⁰⁹³ RJ 1952, 1209.

¹⁰⁹⁴ RJ 1983, 4072.

¹⁰⁹⁵ RJ 1983, 5332.

¹⁰⁹⁶ RJ 1983, 6116.

§ 43.º Otra cosa es que la jurisprudencia española haya admitido la compatibilidad de indemnizaciones en caso de accidentes de trabajo, por las vías laboral (pretensión contractual) y civil (pretensión extracontractual). Sirva de ejemplo la S.T.S. de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6945)¹⁰⁹⁷, cuyo resumen de antecedentes es el siguiente: el trabajador de una Corporación Siderúrgica, cuando prestaba los servicios propios de su cualificación profesional, cayó desde una altura aproximada de 6 metros al ceder el piso y sufrió hospitalización y graves secuelas. A consecuencia del accidente del trabajador, la Inspección de Trabajo levantó acta calificando el hecho de infracción grave de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, resolviendo la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales declarar la responsabilidad de la empleadora respecto de las lesiones sufridas por el trabajador accidentado y le impuso un recargo de prestaciones del 50%. A su vez, el trabajador demandó a la empleadora solicitando que se la condenase a indemnizarle en la suma de 36 554 492 pts., en que evaluaba los daños y perjuicios derivados de sus lesiones y secuelas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, declarando la responsabilidad del demandado y la realidad de las lesiones y secuelas padecidas por el actor, concedió menos de lo interesado, pues computó como indemnización ya satisfecha la suma de 25 143 942 pts., que la demandada había depositado en la Tesorería General de la Seguridad Social a los fines de hacer frente al recargo de prestaciones que le había sido impuesto por la Administración. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, considerando que el recargo por prestaciones se integra en el patrimonio del trabajador perjudicado y trae causa última del siniestro por él sufrido, por lo que nada se opone a su cómputo al calcular el daño resarcible de acuerdo con los principios de integridad de la reparación e interdicción del enriquecimiento injusto. Contra esta sentencia de la Audiencia, interpuso recurso

¹⁰⁹⁷ En este sentido, véanse la S.T.S. (Sala de lo Civil) de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4626) y la S.T.S. (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2064).

de casación el actor, con motivo en la infracción de los arts. 1902 y 1903 del C.C. en relación con los arts. 123 y 127 de la L.G.S.S. (aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

§ 44.º El Tribunal Supremo estimó este motivo, declarando la compatibilidad entre el recargo de las prestaciones por accidentes de trabajo y la indemnización por responsabilidad civil del empleador. Efectivamente, «la imposibilidad de compensación del recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad con la indemnización que corresponda percibir al trabajador accidentado por razón de responsabilidad civil del empleador ha venido siendo declarada reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala Cuarta de este tribunal, en doctrina consolidada a partir de la sentencia de Sala General de 2 de octubre de 2000¹⁰⁹⁸. Tiene su fundamento, según se razona en dicha sentencia, en el hecho de que la deducción del citado recargo de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia de un accidente de trabajo “dejaría vacía de contenido su finalidad, ya que el recargo, en una sociedad con altos índices de siniestralidad, persigue evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales”. Se concluye en la sentencia que “quiere nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubieran derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado en las conductas empresariales infractoras de medidas de seguridad y otro en el que no concorra tal infracción, que exista una desigualdad, objetiva y razonable en orden a las indemnizaciones que deberán ser superiores cuando concurren infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales, desigualdad que desaparecería, de seguirse la tesis contraria a la no deducción del recargo”.»

¹⁰⁹⁸ RJ 2000, 9673.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

§ 45.º Sigue la sentencia de que hablábamos¹⁰⁹⁹, avalando que «esta Jurisprudencia ha venido siendo mantenida de manera constante hasta la actualidad (S.S.T.S. [Social] de 9 de octubre de 2001¹¹⁰⁰, recurso 159/2001, y 21 de febrero de 2002¹¹⁰¹, recurso 2239/2001). (...) La sentencia de la Sala Cuarta de 17 de julio de 2007¹¹⁰² declara que “de ese cómputo de las prestaciones ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, por su naturaleza esencialmente sancionadora, y porque su posible detracción del importe indemnizatorio dejaría vacía de contenido la finalidad atribuida por el art. 123 L.G.S.S., siendo así que en una sociedad con altos índices de siniestralidad, el recargo persigue evitar los A.T. e impulsar coercitivamente que las empresas cumplan con su deuda de seguridad, incrementando significativamente sus responsabilidades con el propósito de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente [así, S.S.T.S. 17/02/99¹¹⁰³ –R.C.U.D. 2085/98--; 02/10/00¹¹⁰⁴ –R.C.U.D. 2393/99--, de Sala General; 14/02/01¹¹⁰⁵ –R.C.U.D. 130/00--; 09/10/01¹¹⁰⁶ –R.C.U.D. 159/01--; 21/02/02¹¹⁰⁷ –R.C.U.D. 2239/02--; 22/10/02¹¹⁰⁸ –R.C.U.D. 526/02--; 09/02/05¹¹⁰⁹ –R.C.U.D. 5298/04 --; y 01/06/05¹¹¹⁰ –R.C.U.D. 1613/04 --]”. A su vez, la reciente sentencia de la Sala General de lo Social de 30 de enero de 2008¹¹¹¹, R.C.U.D. 414/2007, declara que “ya entrando en el tema de la incidencia de las prestaciones de Seguridad Social en la reparación íntegra de daño causado por el A.T., se ha indicado que además de las prestaciones públicas que procedan, también puede reclamarse al empresario

¹⁰⁹⁹ S.T.S. de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6945).

¹¹⁰⁰ RJ 2001, 9595.

¹¹⁰¹ RJ 2002, 4539.

¹¹⁰² RJ 2007, 8300.

¹¹⁰³ S.T.S. (Sala de lo Social) de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2598).

¹¹⁰⁴ S.T.S. (Sala de lo Social) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673).

¹¹⁰⁵ S.T.S. (Sala de lo Social) de 14 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2521).

¹¹⁰⁶ S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9595).

¹¹⁰⁷ S.T.S. (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4539).

¹¹⁰⁸ S.T.S. (Sala de lo Social) de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003, 504).

¹¹⁰⁹ S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 6358).

¹¹¹⁰ S.T.S. (Sala de lo Social) de 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 9662).

¹¹¹¹ RJ 2008, 2064.

culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del A.T. (...) en cuyo cálculo han de tenerse en cuenta las prestaciones de la Seguridad Social, pues de lo contrario "se produciría un exceso carente de causa" (...), pero no así el recargo por infracción de medidas de seguridad (S.S.T.S. 17/02/99¹¹¹² -rec. 2085/98-; 02/10/00¹¹¹³ -R.C.U.D. 2393/99-, de Sala General; 14/02/01¹¹¹⁴ -R.C.U.D. 130/00-; 09/10/01¹¹¹⁵ -R.C.U.D. 159/01-; 21/02/02¹¹¹⁶ -R.C.U.D. 2239/02-; 22/10/02¹¹¹⁷ -R.C.U.D. 526/02-; 09/02/05¹¹¹⁸ -R.C.U.D. 5298/04-; y 01/06/05¹¹¹⁹ -R.C.U.D. 1613/04 -)". Esta doctrina ha sido aplicada por esta Sala en la reciente S.T.S. 24 de julio de 2008¹¹²⁰, rec. 1899/2001, en la cual, tras exponer los distintos razonamientos y posturas mantenidas en relación con la compatibilidad o incompatibilidad entre las indemnizaciones laborales y las prestaciones a cargo de la seguridad social, se concluye, en lo que aquí interesa, que "[e]n relación al recargo de prestaciones, la ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado, sino sancionar a quien lo ha ocasionado".»

4. Fórmula de la «estricta órbita de lo pactado»

§ 46.º Volviendo a la cuestión de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, repárese en que no cabe situar el problema que aquí examinamos en el mismo terreno que el de aquellas hipótesis en las que el propio ordenamiento jurídico faculta al deudor la posibilidad de optar, de entre

¹¹¹² S.T.S. (Sala de lo Social) de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2598).

¹¹¹³ S.T.S. (Sala de lo Social) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673).

¹¹¹⁴ S.T.S. (Sala de lo Social) de 14 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2521).

¹¹¹⁵ S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9595).

¹¹¹⁶ S.T.S. (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4539).

¹¹¹⁷ S.T.S. (Sala de lo Social) de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003, 504).

¹¹¹⁸ S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 6358).

¹¹¹⁹ S.T.S. (Sala de lo Social) de 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 9662).

¹¹²⁰ RJ 2008, 4626.

dos o más alternativas, por la que considere mejor a sus intereses¹¹²¹. Por el contrario, las situaciones que examinamos son asimilables a aquellas otras en las que, para un determinado supuesto de hecho, la norma prevé una consecuencia jurídica específica, siendo aquél también encuadrable dentro de otra norma más general que lo somete a un diferente régimen jurídico e, incluso, a diferentes consecuencias.¹¹²²

§ 47.º Para resolver el problema de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso, el Tribunal Supremo español utiliza la fórmula de que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial»¹¹²³, en la S.T.S. de 9 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1463)¹¹²⁴.

§ 48.º Los antecedentes de hecho de este proceso son los siguientes: el encargado de la finca propiedad del demandado ordenó a cuatro obreros de la explotación, entre los que figuraba el fallecido, que se trasladasen a determinado paraje del fundo a objeto de realizar una concreta tarea, utilizando como medio de transporte un tractor que habría de conducir cualquiera de tales trabajadores, haciéndolo el mismo, hijo de los demandantes, en presencia y contando con la

¹¹²¹ Tal es el caso, por ejemplo, del incumplimiento en las obligaciones recíprocas, en el que el deudor puede optar por la acción de cumplimiento o por la resolutoria (cfr. al art. 1124/II del C.C. español).

¹¹²² Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., págs. 181 y sigs..

¹¹²³ En los casos de responsabilidad sanitaria, cuando media una relación obligatoria entre el eventual responsable y el dañado, la actuación lesiva de aquél supondrá una clara contravención del tenor de su obligación y, por tanto, el daño acontecerá dentro de la rigurosa órbita de lo pactado: la correcta prestación de asistencia sanitaria – cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios*, Edit. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 43 y sigs..

¹¹²⁴ En el mismo sentido, entre otras, las S.S.T.S. de 8 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6534), de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2405), de 9 de enero de 1985 (RJ 1985, 167) y de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7447).

anuencia de dicho encargado; tal máquina automóvil carecía del «pórtico de seguridad» preceptivo con arreglo a la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y no llevaba remolque, por lo que dos de los cuatro asalariados que integraban el equipo de trabajo tuvieron que viajar de manera anómala y peligrosa, acomodándose en el guardabarros o en los mecanismos de tracción; ninguno de los cuatro operarios, y por lo tanto tampoco la víctima, sabía manejar el tractor, a pesar de lo cual y con flagrante vulneración de aquella normativa laboral que sólo permite pilotarlo «a los conductores especializados», el capataz cometió la imprudencia de imponer la conducción o cuando menos permitirle a quien carecía de los mínimos conocimientos de mecánica y de la indispensable aptitud - proceder culposo que se acentúa por la dificultad del recorrido a realizar, que incluso cruzaba el lecho de un río; y, en el curso del desplazamiento, aconteció el vuelco del vehículo, con el luctuoso desenlace indicado, determinante de la reclamación de indemnización por daños y perjuicios deducida por los padres y herederos del referido trabajador.

§ 49.º Estimada en ambas instancias la demanda entablada contra el titular de la empresa agraria, instando el resarcimiento a los demandantes en la cantidad de un millón de pesetas, el motivo inicial del recurso de casación objeto de la presente sentencia acusa aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil, por entender que «la responsabilidad que puede imputarse directamente al encargado de la finca e indirectamente al recurrente (demandado) no es la extracontractual de que trata aquel precepto, sino la responsabilidad contractual derivada de negligencia en el cumplimiento de obligaciones contemplada en el artículo mil ciento uno del Código, por cuanto la víctima del accidente, de quien traen causa los demandantes, se encontraba vinculada a los responsables - directo e indirecto- mediante un contrato laboral, sujeto a una específica y compleja normativa, que previene de manera concreta las consecuencias indemnizatorias». El Tribunal Supremo consideró tal alegación improsperable, pues «el tema de la coexistencia o conjunción de la responsabilidad contractual y aquiliana, cuando los sujetos se hallan ligados por un negocio bilateral y el

daño sobreviene en su ámbito, es resuelto por la generalidad de la doctrina sosteniendo que si la extracontractual, por razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum no laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento, no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la relación de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo -si de arrendamiento de servicios se trata- desplegará aquélla sus efectos y entre otros el de la vigorosa presunción de responsabilidad del empresario, y en este sentido son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los artículos 1902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación obligacional».

§ 50.º A la fórmula de que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial», el Tribunal Supremo español ha juntado, sobre todo en el ámbito sanitario, para justificar la concurrencia de las perspectivas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil respecto de determinados daños y, significativamente, de daños en las personas, los siguientes argumentos: la “unidad de la culpa civil” y el hecho de que el daño sea a la vez consecuencia de la violación de una obligación contractual y del deber más general de «no dañar a otro».¹¹²⁵

¹¹²⁵ Asúa González entiende que, estableciéndose en el ordenamiento jurídico dos regímenes de responsabilidad cuya intervención viene determinada por el hecho de que la conducta dañosa se configure o no como defectuoso cumplimiento de una relación obligatoria previa, parece difícilmente admisible que si el daño es contractual pueda serlo a la vez extracontractual o viceversa. Pero la misma autora admite que la incompatibilidad requeriría que, en manos del juzgador, quedara la posibilidad de corregir el fundamento jurídico, si se considera erróneo, o, cuando menos, que pudiera iniciarse otro procedimiento de reclamación con el fundamento

5. Tesis de que el daño sea a la vez consecuencia de la violación de una obligación contractual y del deber más general de «no dañar a otro»

§ 51.º Ya la S.T.S. de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7529)¹¹²⁶ había defendido la tesis de que el hecho dañoso pueda ser violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber más general de «no dañar a otro», en una demanda de reclamación de daños derivados de accidente de trabajo. De hecho, la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada se fundamenta en el accidente que sufrió el demandante cuando trabajaba en una obra de la empresa demandada, limpiando la máquina impulsora de hormigón, que fue puesta en funcionamiento por el otro demandado (maquinista), sin apercibirse de la situación en que se encontraba el demandante, lo que determinó que se le seccionara de raíz los dedos anular y corazón de la mano derecha. La demanda fue estimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, sin condena en costas de los demandados. Apelada por éstos, la Audiencia la revocó en parte, pues redujo la condena, sin condena en costas a ninguna de las partes. Contra la sentencia de la Audiencia, los demandados interpusieron y formalizaron un único recurso de casación, en cuyo motivo segundo los recurrentes se limitan a sentar la afirmación de que, si algún tipo de responsabilidad tienen, sería la

correcto - una cosa y otra parecen comprometidas a la vista de los arts. 218.1 («el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes») y 400.1 de la L.E.C. («cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse el tiempo de interponerla sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»). Concluye, así, que es previsible que se siga insistiendo en la existencia de una zona de concurrencia o mixta, de suerte que no se haga cuestión de fundamentaciones extracontractuales cuando lo procedente serían las contractuales. - Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad Civil Médica”, cit., págs. 353-356.

¹¹²⁶ En el mismo sentido, las S.S.T.S. de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3885), de 15 de junio de 1996 (RJ 1996, 4774), de 5 de julio (RJ 1994, 5602), de 27 de septiembre (RJ 1994, 7307) y de 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9165) y de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771).

contractual derivada de un contrato de trabajo, que en modo alguno se puede amparar en los arts. 1902 y 1903 del Código Civil.

§ 52.º Para el Tribunal Supremo, el motivo es desestimable, con fundamento en que es «cierto que sobre la empresa recae la obligación de protección de la persona del trabajador, derivado inexcusablemente de su dignidad humana, y que no es más que una especificación mayor del deber general que todos tenemos de no dañar a otros, pero no es menos cierto que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual), y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible».

6. Doctrina jurisprudencial de la “unidad de la culpa civil”

§ 53.º En cuanto a la doctrina de la “unidad de la culpa civil”, que había sido ensayada ya por la S.T.S. de 18 de febrero de 1997¹¹²⁷, fue desarrollada por el Tribunal Supremo en la S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660)¹¹²⁸. Se trata de una acción de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de haber sido sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica de un Hotel. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción de falta de legitimación *ad causam* invocada por la representación del Hotel y absolviendo en la instancia a dicho demandado, sin

¹¹²⁷ RJ 1997, 1240.

¹¹²⁸ En el mismo sentido, la S.T.S. de 24 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1612), la S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9445), la S.T.S. de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9856) y la S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82).

entrar a conocer del fondo de pretensión deducida por la representación de la entidad demandante. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora, habiendo la Audiencia Provincial desestimado el recurso y confirmado dicha resolución. Por la representación de la demandante, se presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos: Primero, «Al amparo del n.º 4.º del Art. 1692 de la Ley Procesal Civil por infracción del Art. 1089 del Código Civil en relación con los Arts. 1101, 1104 y 1902 del mismo texto»; y Segundo, «Al amparo del n.º 4.º del Art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de la propia doctrina jurisprudencial de la Sala Primera». Según el alto tribunal, «por razones de practicidad y lógica procesal es procedente estudiar conjuntamente los dos motivos alegados por la parte recurrente, que los residencia en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se han infringido el artículo 1089 del Código Civil en relación con los artículos 1101, 1104 y 1902 del mismo cuerpo legal -motivo primero-, así como la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera que los interpreta -motivo segundo».

§ 54.º Para el Tribunal Supremo, ambos motivos deben ser estimados, recordando que, «como dice la sentencia de esta Sala (1.ª), de fecha 18 de febrero de 1.997¹¹²⁹, conocidas son, las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones, -como ocurre en el presente caso- tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el "petitum" indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina

¹¹²⁹ RJ 1997, 1240.

civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.»

§ 55.º Según la sentencia en cuestión¹¹³⁰, «la jurisprudencia de esta Sala (1.ª) se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa. Sostiene, en efecto, la Sentencia de esta Sala de 1 de abril de 1994¹¹³¹ que debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada "unidad de la culpa civil" (Sentencias de 24 de marzo¹¹³² y de 23 de diciembre de 1952¹¹³³, entre otras) que en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual" señalan como "doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro", junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera "que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello

¹¹³⁰ S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660).

¹¹³¹ La S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660) cita la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1994, pero creemos que se trata de un *lapsus linguae*, pues se querrá referir a la S.T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994, 854).

¹¹³² RJ 1952, 1209.

¹¹³³ RJ 1952, 2673.

sucedan la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 de marzo de 1983¹¹³⁴, entre otras muchas)", criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (Sentencias de 20 de diciembre de 1991¹¹³⁵) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993¹¹³⁶) o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo mas completo posible" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993¹¹³⁷).»

§ 56.º «Y más adelante añade: proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la "causa petendi" en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado -por iguales hechos y sujetos concurrentes-, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del "iura novit curiae" y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras

¹¹³⁴ RJ 1983, 1463.

¹¹³⁵ RJ 1991, 9468.

¹¹³⁶ RJ 1993, 1457.

¹¹³⁷ RJ 1993, 771.

palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa.»

§ 57.º Pero ha sido en la S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934)¹¹³⁸ cuando el Tribunal Supremo español ha esgrimido conjuntamente los argumentos de la “unidad de la culpa civil”, de que el hecho dañoso sea a la vez consecuencia de la violación de una obligación contractual y del deber más general de «no dañar a otro» y que no sea «bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial». En esta sentencia, se sientan, entre otros, los siguientes hechos: el hijo del actor nació prematuro el día 21 de octubre de 1.986, en una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social, dependiente del Instituto Nacional de la Salud (I.N.S.A.L.U.D.), habiendo tenido lugar el parto a las 32 semanas de gestación; permaneció en aquel centro sanitario por tiempo de 56 días, siendo dado de alta el día 16 de diciembre de 1.986; durante el mes de julio de 1.987, alarmados los padres por las deficiencias que aprecian en la vista del niño acuden a varios médicos y, en una institución oftalmológica de Barcelona, se les comunica que su hijo padece de una enfermedad denominada Fibroplasia Retrolental, habiendo sido intervenido en esta última clínica. El menor terminó siendo calificado con minusvalía orgánica y funcional del 95% y, por los referidos hechos, fue promovida una acción de reclamación de indemnización, ante el Juzgado de Primera Instancia, contra el Instituto Nacional de la Salud, para que

¹¹³⁸ En el mismo sentido que las S.S.T.S. de 15 de junio de 1996 (RJ 1996, 4774), de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240), de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6141), de 17 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6544), de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7565), de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161), de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660), que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda, de 24 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1612), de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9445) y de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9856).

fuese condenado a abonar al perjudicado la cantidad de OCHENTA MILLONES de pesetas por el concepto de daños materiales y morales. El Juzgado dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el actor, como representante legal de su hijo, y estimando la excepción de prescripción opuesta por el demandado I.N.S.A.L.U.D., por lo que absolvió al mismo de la instancia. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que confirma en la íntegra la resolución de Primera Instancia. La sentencia de la Audiencia objeto del presente recurso de casación, coincidiendo en ello con la de Primera Instancia, absuelve de la demanda por entender que la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual, como se desprende de que en la misma se citen, como apoyo legal, los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y que tal acción se halla prescrita por haber transcurrido el plazo de 1 año que el artículo 1968 señala para la prescripción de tal clase de acciones. Entiende además la sentencia ahora recurrida que, como el recurrido a partir de la comparecencia, así como en el acto de la vista de apelación, modificó su anterior criterio, afirmando que la responsabilidad que une al I.N.S.A.L.U.D. con el hijo del demandado sería contractual, tal cambio no era procesalmente admisible por alterar la causa de pedir, originando, si se admitiera, indefensión del demandado.

§ 58.º El Tribunal Supremo, en este proceso, consideró que debía ser admitido el motivo del recurso de casación que alegaba que, pese a las normas legales citadas en la demanda, la responsabilidad por la que se reclama es contractual, pues «sin perjuicio de que hay razones para admitir que la relación que une al Instituto Nacional de la Salud con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acunado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas

acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. En este sentido cabe citar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1.997¹¹³⁹, según la cual (son) conocidas (...) las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, en muchas ocasiones -como ocurre en el presente caso- tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el "petitum" indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.»

§ 59.º Así, sigue la sentencia del Tribunal Supremo¹¹⁴⁰, «la jurisprudencia de esta Sala (1.ª) se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad

¹¹³⁹ RJ 1997, 1240.

¹¹⁴⁰ S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934).

de culpa. Sostiene, en efecto, la Sentencia de esta Sala de 1 de abril de 1994¹¹⁴¹ que debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada "unidad de la culpa civil" (Sentencias de 24 de marzo¹¹⁴² y de 23 de diciembre de 1952¹¹⁴³, entre otras) que en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual" señalan como "doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro", junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera "que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia de 9 de marzo de 1.983¹¹⁴⁴, entre otras muchas)", criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (Sentencia de 20 de diciembre de 1991¹¹⁴⁵) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1.993¹¹⁴⁶) o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un

¹¹⁴¹ La S.T.S. 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934) cita la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1994, pero creemos que se trata de un *lapsus linguae*, pues se querrá referir a la S.T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994, 854).

¹¹⁴² RJ 1952, 1209.

¹¹⁴³ RJ 1952, 2673.

¹¹⁴⁴ RJ 1983, 1463.

¹¹⁴⁵ RJ 1991, 9468.

¹¹⁴⁶ RJ 1993, 1457.

resarcimiento del daño lo mas completo posible" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1.993¹¹⁴⁷)».

§ 60.º La llamada "unidad de la culpa civil" o yuxtaposición de responsabilidades y la consideración de que la violación de una obligación de carácter contractual implica simultáneamente la infracción del general «*neminem laedere*» son argumentos que, aplicados con generalidad, nos llevan a concluir que las normas que regulan la responsabilidad extracontractual pueden ser invocadas para fundamentar cualquier pretensión indemnizatoria. Véase la S.T.S. de 18 de junio de 1998¹¹⁴⁸, cuya base fáctica es la siguiente: a principios del mes de febrero de 1.988, el esposo y padre de las demandantes ingresó en un centro sanitario aquejado de molestias lumbares, siendo sometido el día 5 del mismo mes a una intervención quirúrgica para drenaje de una osteomielitis, intervención que fue correctamente practicada. Dicha intervención se llevó a cabo por la reagudización de la osteomielitis crónica, que el paciente padecía desde que veinte años atrás sufriera un accidente laboral a consecuencia del cual hubo de amputársele la pierna derecha, y no era la primera vez que se le realizaba. Asimismo, la intervención es considerada médicamente de escasa entidad y prácticamente nula peligrosidad. Antes de la intervención, se le administró suero por vía endovenosa en el brazo izquierdo. Días después, entró en coma, víctima de un shock séptico causado por *Pseudomona Aeruginosa*, bacteria intrahospitalaria reacia al tratamiento antibiótico, cuyo origen se atribuye a una tromboflebitis supurada en la citada extremidad superior. A consecuencia de dicho shock, y a pesar de habersele aplicado un correcto tratamiento mediante antibióticos activos frente a la citada bacteria, falleció el día 27 de febrero de 1988. El fallecido estaba afiliado a la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, habiendo sido en virtud de esta relación que ingresó y fue asistido sanitaria y quirúrgicamente en el centro sanitario dependiente del

¹¹⁴⁷ RJ 1993, 771.

¹¹⁴⁸ RJ 1998, 5290.

Instituto Nacional de la Seguridad Social, después transferido al Instituto Catalán de la Salud. Como consecuencia de cuanto antecede, el Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda y condenado al Instituto Catalán de la Salud al pago de 10.000.000 de pesetas a la esposa del fallecido y de 2.500.000 de pesetas a cada una de sus hijas, absolviendo, por el contrario, al Departamento de Sanidad de la Generalidad de Cataluña, por falta de legitimación pasiva, debido a la inexistencia de vínculo contractual entre el perjudicado y dicho Departamento, y al centro sanitario en cuestión, por carecer de personalidad jurídica propia. Apelada la anterior resolución por la representación de la demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia desestimando el recurso de apelación y confirmando la expresada resolución.

§ 61.º El primer motivo del recuso de casación interpuesto por el Instituto Catalán de la Salud denuncia infracción de la doctrina jurisprudencia de la Sala 1.ª, que ha calificado la responsabilidad de la entidad Gestora de la Seguridad Social como extracontractual o aquiliana, basándose en la denominada "culpa in eligiendo" o "in vigilando" de esa entidad, aunque reconoce que esta misma Sala «ha considerado que la responsabilidad en que pudiera incurrir por la defectuosa asistencia médica es de carácter contractual», pero afirmando que son «sentencias aisladas». Al efecto, señala que la relación de los beneficiarios de la Seguridad Social (posteriormente Instituto Catalán de la Salud) y los beneficios es efecto indirecto del contrato de trabajo, carece de acuerdo libre de voluntades, no se dan los requisitos del artículo 1261 del C.C. e, incluso, el abono de la cuota por parte del trabajador no es una prestación voluntaria, sino una obligación inherente al inicio de la actividad por cuenta ajena, pues desde tal inicio tiene obligación de cotizar, viniendo la cuantía predeterminada en función de sus ingresos, por lo que se trata de un servicio público que no puede equipararse «ni siquiera a una relación análoga a la contractual, que también ha sido considerada como susceptible de ser exigida por los artículos 1101 y ss del C. Civil», por lo que concluye que la responsabilidad solo puede exigirse por los artículos 1902 y 1903 del C.C., propios de la culpa extracontractual, cuyo plazo prescriptivo es de

un año (cfr. al art. 1968 del C.C.) que había transcurrido al presentarse la demanda, tal como reconocía el Juzgado en el fundamento cuarto de su sentencia, por lo que debe estimarse la excepción.

§ 62.º El Tribunal Supremo consideró que «el motivo tiene que decaer, no ya por la interpretación estrictiva del instituto de la prescripción o de los criterios sobre unidad de la culpa civil y existencia de puntos coincidentes entre la culpa contractual y extracontractual, basados en el principio general de que quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente, pues en ambos casos se impone a la actuación sanitaria (médica y hospitalaria) la procura de la salud, con los medios higiénicos adecuados; y es que, como ya se declaró en la S. de 31 de diciembre de 1997¹¹⁴⁹, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual (o similar) y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todo en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible, (ver también S. de 18 de febrero de 1997¹¹⁵⁰), ocurriendo en el caso que nos ocupa que no ha existido cambio de acción o pretensión, pues en el escrito rector del proceso, en la demanda, se citan las normas generales sobre las obligaciones (arts. 1088, 1089, 1090 y 1091 del C.C.), al tiempo que los arts. 1903 y 1964, reconociendo el recurrente la unidad de los requisitos con el art. 1101, a más de que esta Sala ha aplicado al caso, en supuestos iguales, la culpa extracontractual, lo que sería suficiente para la desestimación del motivo, máxime cuando el Juzgado ya advirtió a la parte hoy

¹¹⁴⁹ RJ 1997, 9493.

¹¹⁵⁰ RJ 1997, 1240.

recurrente del "ensanchamiento de la fuente de la responsabilidad contractual", que "supondrá una relación jurídica preexistente que ordinariamente será un contrato, pero que puede perfectamente ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público (sentencias del T.S. de 26-1-1984¹¹⁵¹; 1-3-1984¹¹⁵²; 19-6-1984¹¹⁵³, entre otras)" y que la relación jurídica procedente puede no ser un contrato "strictu sensu", bastando que sea "análoga al mismo", "incluso presunta e incluso una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado (S.T.S. 9-7-1984¹¹⁵⁴)". Es por cuanto antecede que, aún reconociendo lo acertado de las alegaciones vertidas en el motivo, esta Sala ha de ratificar el criterio y, cual la Audiencia, mantener con el Juzgado que prima facie "entre el fallecido (...) y la Seguridad Social existía una relación jurídica previa, precisamente, en virtud de la cual fue posible su ingreso y la posterior asistencia sanitaria en el centro en el que falleció. No es posible entender, a sensu contrario, que ningún vínculo jurídico ligaba al usuario del servicio médico y asistencial de la Seguridad Social (...) y que el daño que sufrió (...) derivara pura y simplemente de una situación de hecho en la que por la infracción de la diligencia debida por parte de algún agente, aún materialmente no conocido, se causara vulnerando el principio general de alterum non laedere", y al propio Instituto, por hechos ocurridos en el mismo Hospital, ya se le rechazaron iguales razonamientos, vertidos para impugnar la competencia del orden jurisdiccional civil (ver la ya aludida sentencia de 18 de febrero de 1997¹¹⁵⁵)».

§ 63.º Efectivamente, en la Jurisprudencia española, los argumentos de la "unidad de la culpa civil" o yuxtaposición de responsabilidades y de la consideración de que la violación de una obligación de carácter contractual implica simultáneamente la infracción del general «*neminem laedere*» se invocan sobre todo en casos en los que los bienes jurídicos directamente lesionados son

¹¹⁵¹ RJ 1984, 386.

¹¹⁵² RJ 1984, 1191.

¹¹⁵³ RJ 1984, 3250.

¹¹⁵⁴ RJ 1984, 3802.

¹¹⁵⁵ RJ 1997, 1240.

la vida, la integridad física o la propiedad. Esto parece acercarse a la idea de que la responsabilidad extracontractual debe concurrir siempre que los perjuicios causados fueran igualmente indemnizables sin un contrato, o sea, siempre que se lesionen los tradicionalmente denominados derechos absolutos.¹¹⁵⁶

§ 64.º Sirva de ejemplo la S.T.S. de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 536)¹¹⁵⁷, cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: la demandante ingresó el 4 de abril de 1981 en un sanatorio para dar a luz; tras un parto normal, sufrió una hemorragia, habiendo sido trasladada a otro hospital, donde permaneció más de cuatro meses, y después a un tercer centro sanitario, donde se le diagnosticó que, debido a una hemorragia uterina *post partum*, presentaba un cuadro con fracaso renal agudo y edema agudo de pulmón. Fue tratada con diálisis durante once años, hasta que fue trasplantada. A causa de las lesiones sufridas, la señora fue declarada minusválida por invalidez permanente absoluta. En mayo de 1996, demandó al Sanatorio reclamando una indemnización por la negligencia en que incurrió esta clínica, solidariamente con "los dichos facultativos" a quienes ni identificaba ni demandaba. En la contestación a la demanda, el referido Sanatorio alegó que la relación contractual de la actora se basaba en el acuerdo que la demandante tenía con la entidad aseguradora sanitaria y en la póliza de dicha aseguradora con el médico que atendió el parto, nunca con el referido Sanatorio, por lo que la acción habría prescrito al ser extracontractual. El Juzgado de Primera Instancia acogió la excepción de prescripción, declarando que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción debe considerarse el 4 de julio de 1981, en que se dio el alta a la actora y se diagnosticó la insuficiencia renal terminal. Desde aquel momento, no se produjo ninguna reclamación hasta la presentación de la demanda. Entendió el Juzgado que no había expirado el plazo para las reclamaciones de

¹¹⁵⁶ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Responsabilidad Civil Médica", cit., pág. 354.

¹¹⁵⁷ Véanse, también, la S.T.S. de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2803), la S.T.S. de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873), la S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 162) y la S.T.S. de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39).

responsabilidad contractual, pero sí con exceso las de la extracontractual que sería la exigible a las demandadas. Por todo ello, desestimó íntegramente la demanda.

§ 65.º Apelada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por la demandante, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 16 de mayo de 2002. Después de resumir los hechos probados concluyó que «medió negligencia al producirse un fracaso renal agudo debido a la magnitud de la hemorragia que podría haber sido evitada de haberse provocado la contracción del útero después del parto». Pero, a continuación, señala la diferencia que existe entre el régimen jurídico de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual, de modo que el problema se centra en determinar si aquí concurre una u otra. La conclusión de la Sala es que «la verdadera causa de pedir reside en el daño sufrido por la perjudicada, el cual se produjo con total abstracción de la obligación contractual, de manera que la responsabilidad se origina por una violación del deber genérico del *neminem laedere*, y así, aun cuando no hubiese mediado relación contractual, tal responsabilidad habría surgido por la simple actuación negligente o culposa del agente, razones todas ellas por las que en este caso el régimen jurídico de las obligaciones contractuales ha de considerarse subsidiario respecto de la responsabilidad extracontractual del Art. 1902 C.C.», confirmando así la sentencia por entender prescrita la acción ejercitada. Contra esta sentencia de la Audiencia, interpuso recurso de casación la demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de mayo de 2002, y confirmó el fallo de la sentencia recurrida.

§ 66.º Sin embargo, el tipo de bien jurídico lesionado no determina el fundamento de la pretensión. Ni la tutela extracontractual está reservada para concretos bienes jurídicos, de modo que por principio haya algunos que queden excluidos de ella, ni se ve motivo para que tal tutela pueda intervenir siempre que unos determinados bienes jurídicos resulten lesionados. Así, es cierto que

cualquiera, y no sólo la otra parte en la relación obligatoria, puede causar la muerte, lesiones físicas o daños contra la propiedad, pero ello no es óbice para que si el que provoca el daño es contratante, y lo hace como consecuencia de un defectuoso cumplimiento contractual, la responsabilidad sea contractual. Por lo mismo, y aunque sea el contratante el único que puede dejar de realizar o realizar mal la prestación pactada, si ello se debe a la intervención de un tercero, éste sería responsable sólo extracontractualmente (estaríamos ante la llamada tutela extracontractual o aquiliana del crédito).¹¹⁵⁸

§ 67.º La doctrina jurisprudencial española ha alcanzado una posición que hoy puede calificarse de predominante, con referencia a la teoría denominada de la “unidad de la culpa civil”, en cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o cumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 y concordantes del Código Civil) y la de la responsabilidad contractual (artículos 1101 y concordantes del mismo cuerpo legal). Esto mismo afirma la S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801)¹¹⁵⁹, cuya cuestión litigiosa se centra en un procedimiento, donde por la actora se solicita la condena de la demandada al pago de la suma de 449.960.114 pesetas por gastos de descontaminación asumidos por cuenta de la litigante pasiva, así como los intereses legales de los pagos por tareas sobre este particular en los solares o terrenos de una finca situada en Valencia, contaminación concerniente a la demandada por su explotación industrial relativa a la elaboración de fertilizantes desde el año 1938, cuya finca vendió en 1989 a una entidad inmobiliaria y fue adquirida posteriormente por otra firma inmobiliaria en subasta pública, quien antes de desarrollar comercialmente los terrenos y ante la gravedad de la contaminación requirió a la demandada y le entregó un proyecto de descontaminación al que la misma se opuso,

¹¹⁵⁸ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad Civil Médica”, cit., pág. 354.

¹¹⁵⁹ En contra, véase la S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 162), citada más adelante.

ascendiendo los gastos a la cantidad de 437.942.914 pesetas y los pagados por estudios y elaboración de informes a la suma de 12.017.600 pesetas. Como normativa, la demandante alude a la Ley de Residuos de 19 de noviembre de 1975, la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos de 14 de mayo de 1986, la Ley de Residuos de 21 de abril de 1998, en relación con los artículos 1902 y 1.908 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual y por responsabilidad contractual al traer causa del propio causante del daño contaminante. La demandada alegó cuestión de competencia por declinatoria, que se rechazó por sentencia del Juzgado confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, y, además, falta de legitimación activa, defecto legal en el modo de proponer la demanda, improcedente acumulación de acciones y litisconsorcio pasivo, y se opuso asimismo, en cuanto al fondo del asunto, con la alegación de la prescripción de las acciones ejercitadas. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones procesales y la prescripción alegada. Dicha sentencia fue recurrida en grado de apelación por la demandada, pero la sentencia dictada por la Audiencia rechazó el recurso de apelación y confirmó la del Juzgado.

§ 68.º El motivo quinto del recurso de casación interpuesto por la demandada, en este proceso, denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil sobre la responsabilidad contractual y la doctrina de la "unidad de la culpa civil" aplicada por la resolución recurrida, por entender que no puede llevarse al supuesto de autos, pues, al no existir relación jurídica previa entre las partes, no puede hablarse en ningún caso de responsabilidad contractual. Para el perezimiento de este motivo, el Tribunal Supremo recuerda que ya «la S.T.S. de 29 de noviembre de 1994¹¹⁶⁰ ha declarado lo siguiente: "No es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, siendo aplicables los artículos 1902 y

¹¹⁶⁰ RJ 1994, 9165.

siguientes no obstante la preexistencia de una relación negocial. También se ha dicho que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible"; cuya posición ha sido seguida, entre otras, por las S.T.S. de 15 de junio de 1996¹¹⁶¹, 18 de febrero¹¹⁶² y 19 de mayo de 1997¹¹⁶³, 6 de abril¹¹⁶⁴ y 24 de julio de 1998¹¹⁶⁵, 30 de diciembre de 1999¹¹⁶⁶, con la salvedad de que la S.T.S. de 12 de febrero de 2000¹¹⁶⁷ ha pretendido corregir la tesis de la "unidad de culpa civil" merced al concepto de la "tutela procesal unitaria de la culpa civil", pero con los mismos efectos que aquélla.»

§ 69.º Con respecto al motivo sexto del mismo recurso, que reprocha la infracción del artículo 1902 del Código Civil, en lo relativo a la inexistencia del presupuesto de la culpa, con la indicación de que la recurrente no ha incumplido deber alguno frente a la actora, pues la legislación que obliga a la limpieza de suelos contaminados se ha dictado a partir de 1998, cuando ya no era propietaria de la finca, el Tribunal Supremo señala, a fin de desestimar este motivo, que «los criterios de la responsabilidad civil, según la doctrina jurisprudencial, pueden describirse así: 1.º- se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa, y a él corresponde desvirtuar esta presunción, mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida (por todas, S.T.S. de 31 de enero de 1986¹¹⁶⁸); 2.º-

¹¹⁶¹ RJ 1996, 4774.

¹¹⁶² RJ 1997, 1240.

¹¹⁶³ RJ 1997, 3885.

¹¹⁶⁴ RJ 1998, 2140.

¹¹⁶⁵ RJ 1998, 6141.

¹¹⁶⁶ RJ 1999, 9496.

¹¹⁶⁷ RJ 2000, 820.

¹¹⁶⁸ RJ 1986, 444.

cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quién debe acreditar su propia diligencia (S.T.S. de 19 de diciembre de 1986¹¹⁶⁹); 3.º- no basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, porque de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia (entre otras, S.S.T.S. de 8 de octubre de 1984¹¹⁷⁰, 2 de abril¹¹⁷¹ y 2 de diciembre de 1986¹¹⁷²); 4.º- una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos; 5.º- aplicación rigurosa del artículo 1104 de Código Civil al espacio de la responsabilidad extracontractual, en el sentido de exigir al agente, no una diligencia simple, sino la que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar».

§ 70.º Además, sigue la sentencia en cuestión¹¹⁷³, «la S.T.S. de 13 de julio de 1999¹¹⁷⁴ ha dicho: "Debido a que reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1902 del Código Civil, sea admitida, se hace preciso la conjunción de los requisitos siguientes: uno, subjetivo, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, objetivo, relativo a la realidad de un daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta; asimismo la doctrina jurisprudencial se inclina por la tesis de que no resulta suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces"; y la S.T.S. de 22 de abril de 1987¹¹⁷⁵ sintetiza la posición referida y declara que "si bien el

¹¹⁶⁹ RJ 1986, 7751.

¹¹⁷⁰ RJ 1984, 4762.

¹¹⁷¹ RJ 1986, 1788.

¹¹⁷² RJ 1986, 7191.

¹¹⁷³ S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801).

¹¹⁷⁴ RJ 1999, 5046.

¹¹⁷⁵ RJ 1987, 2723.

artículo 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir (S.S.T.S., entre otras, de 21 de junio¹¹⁷⁶ y 1 de octubre de 1985¹¹⁷⁷, 24 y 31 de enero de 1982), no siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia (S.S.T.S., aparte de otras, de 12 de febrero de 1981¹¹⁷⁸, 6 de mayo¹¹⁷⁹ y 3 de diciembre de 1983¹¹⁸⁰)" (...)).

7. Abandono de la fórmula de la «estricta órbita de lo pactado»

§ 71.º Finalmente, los tribunales españoles vienen abandonando la fórmula de la «estricta órbita de lo pactado», aunque sigue empleándose, todavía, en algunas ocasiones, para conceder a la acción una naturaleza extracontractual, como sucede en la S.T.S. de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873)¹¹⁸¹. El resumen de antecedentes es el siguiente: la demandante, en nombre propio y de sus hijos, presentó demanda el 15 de enero de 1998, ejercitando una acción de responsabilidad civil fundada en la existencia de una relación contractual entre su esposo, fallecido en fecha de 19 de noviembre de

¹¹⁷⁶ RJ 1985, 3308.

¹¹⁷⁷ RJ 1985, 4566.

¹¹⁷⁸ RJ 1981, 530.

¹¹⁷⁹ RJ 1983, 2670.

¹¹⁸⁰ RJ 1983, 6817.

¹¹⁸¹ En el mismo sentido, la S.T.S. de 30 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7619) y la S.T.S. de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6815).

1993 víctima de un adenocarcinoma de pulmón, y la entidad mayorista de labores de tabaco, a cuyo consumo se atribuía por la reclamante la causa del fallecimiento de su esposo. La sentencia dictada en la Primera Instancia consideró que, con una interpretación laxa, podría admitirse la existencia de una relación contractual entre el fallecido y la demandada, a pesar de necesitar ésta del entramado de estancos o puntos de venta, pero desestimó en definitiva la demanda por entender que no se había demostrado la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta de la demandada y el fallecimiento del familiar de los demandantes. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, excepto en el pronunciamiento relativo a las cosas, pero discrepó en sus razonamientos. Entendió, en efecto, que no había existido vínculo contractual alguno entre el esposo de la actora y la entidad demandada, sino que la relación contractual, que se perfeccionó con la compra del tabaco y el pago del precio, se concertó con la expendedoría o expendedorías de tabaco; que, siendo la relación extracontractual, había transcurrido el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968 del C.C. entre el fallecimiento del familiar de los demandantes y la fecha de presentación de la demanda; que, aunque no fuera así, no existía responsabilidad por no ser aplicable la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) a los productos peligrosos cuyo suministro está legalizado, siempre que se cumpla con el deber de información impuesto normativamente; y que la omisión de la advertencia de que el tabaco produce adicción no puede constituir, según las reglas de la lógica, causa eficiente del resultado dañoso producido. Contra esta sentencia de la Audiencia, interpuso recurso de casación la parte actora, alegando, en síntesis, que existe una relación contractual entre la Tabacalera y el fumador por darse los elementos previstos en el C.C. para la existencia de un contrato (de adhesión), independientemente del mecanismo de distribución intermedio (la intervención del Estado es solamente de regulación, por lo que se infringe la Ley del monopolio fiscal de tabacos), como demuestra el hecho de que la Tabacalera realiza publicidad para promocionar las ventas y que cada operación de venta devenga separadamente un impuesto recaudado por la Tabacalera. Argumenta

la parte actora, a continuación, sobre la responsabilidad que dimana del contrato por falta de información.

§ 72.º Para el Tribunal Supremo, este motivo debe ser desestimado, invocando que «según la jurisprudencia de esta Sala (1.ª) “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 al artículo 1258 CC- 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-“ (S.T.S. de 31 de octubre de 2007¹¹⁸², RC n.º 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (S.S.T.S. 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000¹¹⁸³). 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.» Por ello, entiende el alto tribunal que «la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual impone que la primera alcanza únicamente a los daños por los que reclama el comprador en relación con el contenido y dentro de la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños cuyo

¹¹⁸² RJ 2007, 6815.

¹¹⁸³ RJ 2000, 9445.

alcance resulta ajeno a la órbita del contrato y, por ende, deben ser considerados de naturaleza extracontractual (S.T.S. 14 noviembre 2008, RC n.º 3992/2001)».

§ 73.º Así, sigue la sentencia del Tribunal Supremo, «en el caso examinado los daños causados que la parte recurrente imputa a la deficiente información en las cajetillas de tabaco vendidas del riesgo de adicción que produce la nicotina consisten en el fallecimiento de una persona. Este resultado dañoso, atribuido al consumo constante de tabaco durante muchos años, rebasa ampliamente la órbita de los distintos contratos de compraventa celebrados presumiblemente con distintos expendedores tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo. (...) Desde el punto de vista objetivo, el daño no ha sido causado por un incumplimiento producido en la estricta órbita de lo pactado con el vendedor. Se trata de daños ajenos a la naturaleza del negocio, ya que derivan de una información hipotéticamente deficiente sobre la peligrosidad del producto imputable al fabricante, importador o distribuidor mayorista.» De este modo, «resulta imposible vincular el daño, como pretende la parte recurrente, a una relación de carácter contractual entre el comprador, luego fallecido, y la entidad que ostentaba el monopolio de tabacos (...) En consecuencia, los daños por los que se reclama rebasan ampliamente el ámbito subjetivo y objetivo de la relación contractual establecida entre los expendedores en los distintos contratos de compraventa y el comprador fallecido y deben ser considerados como de naturaleza extracontractual.»

§ 74.º Las más de las veces, el Tribunal Supremo español persiste en la fórmula de la «estricta órbita de lo pactado», no ya para conceder a la acción una naturaleza extracontractual, sino para otorgar al perjudicado la opción de elegir la vía que más le convenga, en virtud de ciertos títulos que hoy pueden considerarse arquetípicos, como la llamada “unidad de culpa civil” o “yuxtaposición de responsabilidades”. Véase la S.T.S. de 22 de diciembre de

2008 (RJ 2009, 162)¹¹⁸⁴, cuyo resumen de antecedentes es el siguiente: la sociedad G. interpuso demanda contra la sociedad E., solicitando la retirada de residuos enterrados en un solar de una localidad de Sevilla mientras su propietaria era la sociedad E., siendo la sociedad G. la última adquirente tras una cadena de transmisiones. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia por juzgar que la demandada, cuando era la propietaria, había enterrado residuos de manera irregular en un solar propiedad de la entidad actora, utilizándolo como vertedero incontrolado de peligrosos productos tóxicos, con potencia para causar la muerte de cualquier afectado. Por ello, se habían causado daños y perjuicios a la entidad propietaria del terreno determinantes de la responsabilidad de la entidad demandada integrada exclusivamente en el ámbito de la culpa extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del C.C., en relación con la infracción de disposiciones administrativas, y no en el terreno contractual ni por referencia a los anteriores propietarios de la parcela donde se realizó el enterramiento ilegal de productos tóxicos, por cuanto el vertedero tóxico afectaba a todos y a cualquier titular del terreno perjudicando el uso y disfrute del mismo conforme a su destino. Contra la sentencia de la Audiencia, se interpuso recurso de casación por la entidad demandada, el cual ha sido admitido en sus tres motivos.

§ 75.º Con respecto a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento para la responsabilidad por daños en la cosa vendida, el Tribunal Supremo invoca que, «según la jurisprudencia de esta Sala (1.ª), “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

¹¹⁸⁴ En el mismo sentido, la S.T.S. de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4217). En sentido contrario, la S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801).

cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC- 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-“ (S.T.S. de 31 de octubre de 2007¹¹⁸⁵, recurso de casación núm. 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (S.S.T.S. 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000¹¹⁸⁶). 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 del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil.»

§ 76.º Así, considera el alto tribunal que, «cuando se trata de daños originados en la cosa vendida, el daño sufrido por el comprador resulta, en principio, del deficiente cumplimiento o del incumplimiento del contrato de compraventa; la relación de responsabilidad que resulta del cumplimiento o deficiente incumplimiento tiene el mismo alcance subjetivo que el que media, dentro de la órbita contractual, entre el que causa el daño (vendedor) y el que lo recibe (comprador); el ordenamiento jurídico prevé consecuencias específicas para los casos de defectos en la cosa vendida; y, finalmente, los bienes afectados son de carácter patrimonial, en tanto no se demuestre la afectación de

¹¹⁸⁵ RJ 2007, 6815.

¹¹⁸⁶ RJ 2000, 9445.

bienes o derechos de mayor trascendencia. En suma, los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos (acción redhibitoria y *quanti minoris* [de disminución del precio 'en cuanto menos']) o la acción resolutoria dimanante del incumplimiento del contrato cuando la cosa entregada es sustancialmente distinta de aquella que se pactó como objeto de la compraventa o inhábil para el uso a que se destina (una cosa por otra, o *aliud pro alio*).»

§ 77.º Detrás de la fórmula jurisprudencial de que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial», es opinión común que se escondía la aceptación implícita del derecho de opción o de la llamada teoría de la acumulación¹¹⁸⁷, dado que, aun mediando entre las partes una relación contractual, sería posible el ejercicio de la acción sustentada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil cuando los daños se habían producido «fuera de la rigurosa órbita de lo pactado».¹¹⁸⁸

§ 78.º No obstante, los tribunales españoles vienen abandonando esta formulación jurisprudencial. Sirva de ejemplo la S.T.S. de 14 de septiembre de 2015¹¹⁸⁹, en un proceso en el que un Hospital Universitario y su especialista de cirugía general resultaron condenados solidariamente al pago de una indemnización, por la muerte a los veintiséis años de la hija de los demandantes,

¹¹⁸⁷ Véase el apartado b) Acumulación de responsabilidades: la teoría de la opción, del punto 1. Concurrencia de Pretensiones, perteneciente al cap. VII – CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL.

¹¹⁸⁸ Según REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 185.

¹¹⁸⁹ RJ 2015, 3719.

a consecuencia de una intervención quirúrgica practicada en dicho Hospital por el referido especialista de cirugía general, a quien le fue derivada la paciente por el servicio de endocrinología, que había implantado a la paciente un balón gástrico. Tanto la sentencia del Juzgado como de la Audiencia Provincial desestimaron la excepción de prescripción de la acción formulada contra el facultativo, recurrente en casación, por tratarse de una relación contractual la existente entre el médico y la paciente. En el recurso de casación, se formula un único motivo por infracción por inaplicación del artículo 1968.2.º del Código Civil y correlativa infracción del artículo 1964 del mismo texto legal, al no existir relación de contrato entre las partes, en evidente oposición de la doctrina de la Sala 1.ª expresada en las sentencias 1210/2008, de 19 de diciembre¹¹⁹⁰, y 488/2012, de 17 de julio¹¹⁹¹.

§ 79.º En este proceso, el Tribunal Supremo español estima el recurso, por entender que «es hecho probado de la sentencia que "Los hechos causantes se produjeron en el Hospital demandado, a consecuencia de las intervenciones quirúrgicas y las atenciones postoperatorias dispensadas a la paciente por el equipo médico del facultativo codemandado, puesto a su disposición por el Hospital de referencia, que resultaron deficitarias al no alcanzar el fin curativo visto". Como consecuencia, mantiene la condena del Hospital demandado, puesto que "proporcionó el material así como facilitó el espacio físico en el que se desarrolló cada operación, y de igual manera el personal auxiliar depende de ella. Luego, incluyendo los cirujanos de su cuadro médico de especialidades, aportaba todo lo que era necesario para que las intervenciones se llevaran a cabo correctamente, por lo que incurre en culpa "in vigilando" o "in eligendo" en aplicación del artículo 1903 del Código Civil. En este sentido, no cabe duda que existía una responsabilidad del Hospital por el estado en que se pudiera encontrar, y rendimiento que se pudiera desarrollar, acerca de tales "medios

¹¹⁹⁰ RJ 2009, 536.

¹¹⁹¹ RJ 2012, 8027.

humanos y materiales". Es decir, la propia sentencia sitúa la relación del paciente con el médico fuera del contrato, y esto no es un hecho sino una calificación jurídica que realiza en función de los hechos que se proporcionan en la demanda. Pues bien la sentencia argumenta que el daño se produjo en el marco de las relaciones contractuales, a las que confiere tal naturaleza, tanto la que se origina con el médico, como con el Hospital (respecto a este aparentemente más por responsabilidad propia -defectos asistenciales- que por la de los facultativos, aunque se refiere a ambos supuestos), y es lo cierto, como dice la sentencia de 17 de julio de 2012¹¹⁹², que aun referida a una aseguradora de asistencia sanitaria y un facultativo de su cuadro médico, es de aplicación al caso, "faltan todo los elementos imprescindibles para que tenga existencia el contrato de arrendamiento de servicios que sería el formalizado", por lo que "no es posible extender la relación contractual al profesional sanitario que le prestó asistencia negligente". El contrato del médico no se había concluido entre el paciente y el médico, sino que tuvo lugar entre aquella y el Hospital ("la prestadora del servicio asistencial fue la Unidad de Obesidad del Hospital demandado", señala la recurrida), que aparece incluso mencionado en el documento nº 6 de la demanda. Se trata de auxiliares en el cumplimiento de la obligación del centro médico, que no proporcionaba la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato (S.T.S. de 19 de diciembre de 2008¹¹⁹³). Se produjo, añade la sentencia citada, "un concurso de acciones" en este caso por responsabilidad concluido con el Hospital, y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. Los actores podían optar entre una u otra acción y así lo hicieron, eligiendo ejercer la acción por la responsabilidad contractual, pero cada una de ellas tiene su plazo de prescripción propio. La primera prescribe a los 15 años, conforme al artículo 1964 del CC. La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del

¹¹⁹² RJ 2012, 8027.

¹¹⁹³ RJ 2009, 536.

artículo 1902 de Código Civil, por lo que la opción se produce con todas sus consecuencias, como dice la sentencia de 19 de diciembre de 2008¹¹⁹⁴».

§ 80.º En lo que subsiste la jurisprudencia española es admitiendo la teoría de la “unidad de la culpa civil” y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, como sucedió recientemente en la S.T.S. de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5410)¹¹⁹⁵, sobre un caso en el que los antecedentes son los siguientes: la esposa y madre de los demandantes padecía un trastorno depresivo y un trastorno bipolar con síntomas psicóticos. El día 12 de septiembre de 2007, acudió a un Sanatorio, acompañada de su hermana y de su esposo, en el que quedó ingresada de forma voluntaria y en el que permaneció hasta el día 14 de octubre de 2007, cuando falleció, al estar sola en el interior de su habitación, suicidándose mediante ahorcamiento con la cortina del baño. La clínica psiquiátrica era de la propiedad de una Sociedad Anónima que tenía su responsabilidad civil, derivada de la explotación económica de la clínica, cubierta por una aseguradora de nacionalidad gibraltareña. La finada acudió a la citada clínica por el concierto que existía con Caja Salud, de la que era asegurada. Por estos hechos se siguió un proceso penal ante el Juzgado de Instrucción, que terminó dictándose providencia por la que se archivan las actuaciones. Posteriormente, se interesa por las actuaciones penales el hijo de la finada, a fin de ejercitar las acciones civiles que correspondan. Mediante burofax remitido el 22 de enero de 2010, por el cónyuge y el hijo de la difunta a la Sociedad Anónima, que lo recibió en el mismo día el Sanatorio, le reclaman la indemnización por los daños y perjuicios sufridos; reclamación extrajudicial de los acreedores que se reitera el día 23 de diciembre de 2010. El día 29 de junio de 2011, el marido y el hijo de la finada formularon demanda contra la Sociedad Anónima y la aseguradora de nacionalidad gibraltare, en la que ejercitan la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil extracontractual del

¹¹⁹⁴ RJ 2009, 536.

¹¹⁹⁵ Así como en la S.T.S. de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873) y en la S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801).

artículo 1902 del Código Civil. Cada una de las dos partes demandadas opone, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, la excepción de prescripción extintiva de la acción por transcurso del plazo de un año (artículo 1968, número 2.º, del Código Civil). Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como de la Audiencia acogieron dicha excepción, con la consiguiente desestimación de la demanda y absolución de las dos demandadas. Contra esta resolución, ha formulado el demandante un doble recurso ante el Tribunal Supremo: extraordinario por infracción procesal y de casación.

§ 81.º «En el recurso de casación se denuncia, por un lado, la infracción de los arts. 1101 y 1258 del Código Civil por falta de aplicación y de la doctrina de la unidad de culpa civil, con cita de las S.S.T.S. de 18 de febrero de 1997¹¹⁹⁶ y 8 de abril de 1999¹¹⁹⁷; por otro lado, se denuncia infracción de los arts. 1968.2.º, 1969 y 1973 del Código Civil, por aplicación errónea, y de la doctrina jurisprudencial en relación con los actos interruptivos de la prescripción contenida en las S.S.T.S. de 27 de mayo de 1997¹¹⁹⁸ y 12 de diciembre de 2011¹¹⁹⁹. El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 2017¹²⁰⁰, desestima ambos recursos. Con respecto al argumento esgrimido en el recurso extraordinario por infracción procesal, recuerda que, ciertamente, la Jurisprudencia admite un cambio en la calificación jurídica de los hechos en supuestos de error o imprecisión de la parte, aunque dicho cambio debe extraerse de los hechos alegados y conformados, puesto que han podido ser objeto de discusión sin alterar los términos del debate y siempre que no se haya podido causar indefensión a cualquiera de las partes del proceso. En relación al presente caso, estima que la parte actora, al fijar los hechos, “(...) no establece como controvertida si la relación era contractual o extracontractual ni desvirtúa la relación extracontractual que siempre mantuvo la demandada (...) y sobre ella

¹¹⁹⁶ RJ 1997, 1240.

¹¹⁹⁷ RJ 1999, 2660.

¹¹⁹⁸ RJ 1997, 4142.

¹¹⁹⁹ RJ 2012, 3524.

¹²⁰⁰ RJ 2017, 5410.

resuelve la sentencia, pues los hechos seguían siendo los mismos”. Por ello, considera el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida responde a lo que se plantea en relación a la unidad de culpa civil para entender que la acción ejercitada es la extracontractual y no la contractual, matizando que sus conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la acción, en función de los hechos alegados, sólo tiene como cauce de revisión el recurso de casación». ¹²⁰¹

§ 82.º En cuanto a lo que ahora nos interesa, el motivo primero del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1258 del C.C. por falta de aplicación, así como de la doctrina de la unidad de culpa civil desarrollada por el Tribunal Supremo en las sentencias 108/1997, de 18 de febrero¹²⁰², y 280/1999, de 8 de abril¹²⁰³. El recurrente se remite a la audiencia previa para sostener que la acción que ejercita es la contractual, y no la responsabilidad civil extracontractual, y que la demandada empleó argumentos relativos a la responsabilidad contractual del artículo 1101 del C.C. El alto tribunal desestima este motivo, considerando que «esta yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual y la teoría de la unidad de la culpa civil no pueden llevarse hasta el extremo de calificar de contractual o de extracontractual una determinada relación jurídica existente entre las partes con el simple argumento de que en la audiencia previa se calificó de contractual lo que en la demanda dijo era extracontractual, sin alegar ni practicar prueba alguna dirigida a acreditar esta suerte de relación y sin un juicio de hecho y de derecho sobre la misma, más allá de lo que resulta de uno de los documentos aportados por la demandada sobre el concierto existente entre Caja Salud y el sanatorio (...), en un supuesto en el que se produciría un concurso de acciones: por

¹²⁰¹ PÉREZ CONESA, C., “Responsabilidad civil por suicidio de paciente ingresada en clínica psiquiátrica. «Dies a quo» del plazo de prescripción”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2018, BIB\2018\5950 (en el sitio de Internet: https://proview-thomsonreuters-com.ezproxy.usal.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F129726181%2Fv20180002.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001432f00b48d738991c8#eid=9f08b2afd29be8d4e2ef86c80da507d9&sl=e&eat=BIB_2018_5950&pg=&psl=&nvgS=false).

¹²⁰² RJ 1997, 1240.

¹²⁰³ RJ 1999, 2660.

responsabilidad contractual en el cumplimiento del contrato concluido con Caja Salud y extracontractual respecto a la clínica con quien la recurrente no contrató y que fue, a su juicio, la causante del daño»¹²⁰⁴.

§ 83.º «Con respecto al primero de los motivos del recurso de casación (infracción de los arts. 1101 y 1258 del Código Civil y de la doctrina de la unidad de culpa civil), el Tribunal Supremo, si bien considera que no es más que una reiteración del motivo formulado en el recurso anterior, admite que en materia de culpa civil no se puede eludir el razonamiento de fondo por errónea o incompleta elección de la norma aducida sobre la culpa, en el entendido de que esta materia pertenece al campo del “*iura novit curia*” y lo que importa son los hechos. No obstante, también sostiene en la sentencia que comentamos que la teoría de la unidad de la culpa civil no puede llevarse al extremo “(...) de calificar de contractual o de extracontractual una determinada relación jurídica existente entre las partes con el simple argumento de que en la audiencia previa se calificó de contractual lo que en la demanda dijo era extracontractual, sin alegar ni practicar prueba alguna dirigida a acreditar esta suerte de relación y sin un juicio de hecho o de derecho sobre la misma (...)” (Fundamento de Derecho Tercero, párrafo cuarto). Por tanto, este primer motivo del recurso de casación es desestimado.»¹²⁰⁵

¹²⁰⁴ S.T.S. de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5410).

¹²⁰⁵ PÉREZ CONESA, C., “Responsabilidad civil por suicidio de paciente ingresada en clínica psiquiátrica. «Dies a quo» del plazo de prescripción”, cit. (en el sitio de Internet: https://proview-thomsonreuters-com.ezproxy.usal.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F129726181%2Fv20180002.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001432f00b48d738991c8#eid=9f08b2afd29be8d4e2ef86c80da507d9&sl=e&eat=BIB_2018_5950&pg=&psl=&nvgS=false).

8. Casos de obligaciones accesorias no expresamente pactadas por las partes, pero impuestas por la buena fe

§ 84.º En la Jurisprudencia portuguesa, la cuestión de la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual se coloca sobre todo en casos de obligaciones accesorias no expresamente pactadas por las partes, pero impuestas por la buena fe. En estos supuestos, cuando el daño producido se sitúa en la llamada “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, los tribunales lusitanos consideran en la mayoría de las veces que el daño se inscribe en el ámbito contractual¹²⁰⁶. Véase la sentencia del S.T.J. de 23-10-2008¹²⁰⁷, en un caso en el que la demandante, que se dedica a la organización de espectáculos artísticos y musicales y al alquiler de materiales de ocio y deporte, y la demandada, que a su vez se dedica a la organización y planificación de acontecimientos culturales, en el ejercicio de sus respectivas actividades, celebraron un acuerdo, en virtud del cual la primera se obligó a montar una pista de hielo en las instalaciones de una Feria de Turismo y Aventura promovida por la segunda, proporcionando a ésta el goce de dicha pista durante el período comprendido entre los días 21 y 24 de septiembre de 2006, mediante una contrapartida pecuniaria. En la propuesta presentada por la demandante y aceptada por la demandada constaba, además, que el montaje de la pista para estar en condiciones para patinar tardaba, como máximo, 7 días y que era responsabilidad de la demandada el suministro de agua y energía eléctrica. Con motivo del montaje de la pista y dado que la capacidad eléctrica del parque donde el evento iba a tener lugar era insuficiente para alimentar a la máquina de refrigeración (“chiller”), la demandada alquiló para ello un generador, abastecido a gasóleo, en lo que gastó la cuantía de € 4.247,10, acrecida del coste del combustible (gasóleo) necesario para abastecer a ese generador, que importó en la cantidad de € 7.649,99. A pesar de la solución encontrada, la pista

¹²⁰⁶ En el ordenamiento jurídico español, las obligaciones accesorias no expresamente pactadas por las partes también entran en el ámbito contractual (cfr. al art. 1258 del C.C.).

¹²⁰⁷ Proceso: 08B2943.

no siempre ha quedado totalmente congelada, habiendo presentado irregularidades en algunas zonas, lo que ha impedido en parte su utilización para la práctica del patinaje. Debido a la falta de potencia eléctrica indispensable para el funcionamiento del enfriador ("chiller"), éste sólo pudo ser accionado al final de la tarde del 18 de septiembre. Por tal razón y porque la creación de una lámina de hielo uniforme necesitaría al menos de cinco días, la demandante sometió a la considerada la demandada la adquisición de hielo, propuesta que la demandada aceptó. Durante la mañana del 21 de septiembre, la pista estuvo encerrada al público debido a una interrupción en el funcionamiento del "chiller", habiendo sido abierta la pista apenas en la tarde de ese día. Los ingresos obtenidos por la demandada quedaron por debajo de sus expectativas.

§ 85.º En este caso, mantiene el alto tribunal portugués que, «de lo que se expone, resulta que, a pesar de el contrato haber sido celebrado de forma válida y eficaz, no repudiamos la construcción de la recurrente (demandada) cuando acude al régimen propio de la responsabilidad precontractual. Aunque entendemos que ésta debe ser diluída en el principio general de la buena fe que enmarca las obligaciones y que resulta, en primera línea, del artículo 762, apartado 2, del Código Civil¹²⁰⁸. Admitimos, así, que valga aquí la presunción de culpa del artículo 799, apartado 1, del Código Civil¹²⁰⁹». Considera el S.T.J. que «del "diseño" de la obligación que se desprende de los hechos probados no resulta, ni siquiera, que se imponga a la demandante cualquier deber accesorio, en particular, el invocado deber de información sobre la potencia eléctrica necesaria. En el punto 5 de los antecedentes de hecho, se señala que, de la propuesta presentada por la demandante y aceptada por la demandada, constaba que era de la responsabilidad de ésta el suministro de agua y energía eléctrica al "chiller". Esta responsabilidad está incluso en discordancia con cualquier deber de información sobre la potencia eléctrica necesaria. Teniendo

¹²⁰⁸ Según el cual, «en el cumplimiento de la obligación, así como en el ejercicio del derecho correspondiente, las partes deben proceder de buena fe».

¹²⁰⁹ Relativo a la responsabilidad contractual del deudor.

sobre sí la responsabilidad, era la demandada que debía informarse - designadamente ante la demandante - de cuál la potencia necesaria, en relación con la disponibilidad de la misma que se verificaba en el evento. Y tanto es así, que consta en el punto 10 que el "chiller" sólo pudo ser accionado al final de la tarde del 18 de septiembre, porque la demandada no diligenció oportunamente por la obtención de la potencia eléctrica indispensable para su funcionamiento. Incluso resultando más - siempre en sentido contrario al pretendido por la recurrente (demandada) - que, durante las negociaciones anteriores a la celebración del acuerdo, la demandante suministró a la demandada las características de la máquina de refrigeración.»

§ 86.º Sin embargo, el mismo Tribunal de Justicia portugués, aunque no de modo totalmente uniforme, ha dictado ya decisiones en el sentido de que la celebración del contrato de forma válida y eficaz no excluye el surgimiento del derecho a indemnización con carácter de responsabilidad civil extracontractual. Ejemplo de ello es la sentencia del S.T.J. de 29-01-2004¹²¹⁰, en un caso en el que, mediante escritura de 7 de mayo de 1997, la demandada, una sociedad de gestión inmobiliaria, ha arrendado a la demandante, una sociedad comercial, la fracción autónoma correspondiente a la planta baja de un edificio, para el ejercicio de la actividad de restauración y afines. En ese mismo acto se ha exhibido la respectiva licencia, permitiendo el ejercicio de la actividad de restauración, que exclusivamente se comprendió en el destino estipulado para el local arrendado. Por oficio de 3 de octubre de 1997, el Ayuntamiento notificó a la demandante que, habiendo sido derogada la licencia atribuida, «la solicitud de licencia de apertura de un establecimiento de restauración en la fracción en cuestión deberá ir precedida de la solicitud de cambio de actividad». Sucede que, en el segundo semestre de 1996, se habían celebrado negociaciones entre la demandante y la demandada, con vista a la apertura de un establecimiento de restauración en la fracción referida, habiendo la demandada garantizado a la

¹²¹⁰ Proceso: 03B4187.

demandante que esta fracción tenía aptitud para dicha actividad de restauración. Ante la mencionada garantía, el actor (representante legal de la sociedad demandante) constituyó esta misma sociedad comercial, suscribiendo parte del respectivo capital. Para suscribir ese capital y dotar a la sociedad de financiación para la apertura del establecimiento de restauración, el actor obtuvo un crédito bancario. La demandada tenía conocimiento de que la demandante sólo estaba interesada en el arrendamiento en caso de que la aludida fracción tuviera aptitud para la actividad de restauración y afines; así como de que, concretizándose el arrendamiento, sería necesario gastar cantidades significativas en obras para la ejecución de la actividad en vista. El Ayuntamiento, para conceder la respectiva licencia, exigía la demostración de que no había oposición de los demás condóminos para instalarse en el local el establecimiento de restauración y afines. Todavía, la demandada ha prestado información no verídica al Ayuntamiento, para demostrar que no había oposición de los demás condóminos. Al constatar la inexactitud de esa información, y porque había oposición de algunos condóminos, el Ayuntamiento procedió a la revocación de la referida licencia. A causa de dicha revocación, la actividad de restauración se ejerció en la fracción arrendada durante apenas unos 6 meses, no pudiendo el actor recuperar ninguno del capital que había invertido en la sociedad ni recoger de ella ningún ingreso. La sociedad demandante dejó de pagar las rentas de la fracción a partir de noviembre de 1997, lo que motivó el arresto y la acción de desalojo. Tras la orden de desalojo del Ayuntamiento, la sociedad demandante encerró el establecimiento y dejó de ejercer cualquier actividad, quedando así imposibilitada de recuperar parte de la inversión efectuada en la fracción. Aunque el objeto social de la sociedad demandante fuera más amplio, su constitución tuvo como motivo principal el ejercicio de la actividad de restauración, bajo un contrato de *franchising* con uno de los socios. Para pagar las deudas, el actor tuvo que vender parte de sus bienes. Con el cierre del establecimiento instalado en la fracción arrendada, el actor quedó angustiado y en estado de depresión.

§ 87.º En este caso, el alto tribunal lusitano aduce que «el que negocia con otro para la conclusión de un contrato debe, tanto en los preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que de manera culposa cause a la otra parte - artículo 227 del C.C.. Todo esto pues en la fase precontractual, o de pre-negociación, en el sentido de responsabilizar a quien de manera ilícita y culposa cause daños a la otra parte». (...) «La responsabilidad en la que incurre el que faltó le obligará, por regla general, a indemnizar el interés negativo (o de confianza) de la otra parte, en orden a colocarla en la situación en que ésta se encontraría si el negocio no hubiera sido efectuado». (...) «La celebración del contrato o su anulación (o resolución), o también su ineficacia, no excluyen la previsión del artículo 227, la cual es aplicable tanto en el caso de que se interrumpan las negociaciones como en el de que el contrato llegue incluso a consumarse». (...) «Incumben pues a las partes, entre otros, los deberes de comunicación, información y esclarecimiento que abarcan no sólo la viabilidad de la celebración del contrato y los obstáculos a ella previsibles, como los elementos del negocio y la propia viabilidad jurídica del contrato proyectado». (...) «En virtud de ese deber de buena fe, de lealtad y de lisura contractual se impone que la parte, que conozca o sepa - o deba saber con la normal diligencia - que algún riesgo amenaza el éxito del proceso de negociación, lo comunique a la contraparte, advirtiéndola, en particular, de la necesidad de una adecuada prudencia en la realización de gastos». (...) «Es, todavía, necesario para que ocurra responsabilidad civil (extracontractual) del que faltó que tal conducta ilícita y culposa haya provocado daños a la contraparte, entendidos éstos como todos los perjuicios sufridos por esta última».

9. Unificación de ambas esferas de la responsabilidad civil

§ 88.º Compartimos el entendimiento al que se han acercado los tribunales españoles, según el cual un hecho dañoso puede resultar de la violación de una obligación de carácter contractual y, simultáneamente, del

deber más general de «no dañar a otro»; es decir, el daño puede ser contractual sin dejar de ser extracontractual o, por lo menos, existe una “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad civil. La “unidad de la culpa civil” y la consideración de que la violación de una obligación de carácter contractual implica simultáneamente la infracción del general «*neminem laedere*» son argumentos que, aplicados con generalidad, llevan a concluir que las normas que regulan la responsabilidad extracontractual pueden ser invocadas para fundamentar cualquier pretensión indemnizatoria; esto es, que el régimen de la responsabilidad contractual nunca desplazaría al de la responsabilidad extracontractual.

§ 89.º En la práctica, si se parte de la base de que el objeto de la doctrina de la responsabilidad civil es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no está justificada: producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o extracontractual. En la opinión tradicionalmente dominante en la doctrina Francesa, autores como Mazeaud y Tunc¹²¹¹ y como Planiol y Ripert¹²¹² no ven en esta distinción más que una cuestión de índole casi exclusivamente dogmática, con un alto contenido teorizante, pero sin mayor incidencia práctica. Desde una perspectiva procesalista, se ha afirmado que, más que sobre concurrencia de acciones, el problema versa sobre un simple concurso de normas, una vez que la acción siempre será única, único el *petitum* (es decir, el resarcimiento del daño) y única la *causa petendi* (esto es, el hecho productor del daño). Por consiguiente, la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual del daño, como una mera cuestión de calificación, no alteraría su unicidad.¹²¹³

¹²¹¹ En *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, cit., págs. 102 y sigs..

¹²¹² En “*Traité pratique de droit civil français*”, cit., núms. 488 y sigs..

¹²¹³ Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 166.

§ 90.º Como bien señala Reglero Campos¹²¹⁴, 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; contando, además, con la situación de inseguridad jurídica que genera el hecho, bastante frecuente, de que no exista una línea jurisprudencial homogénea sobre la materia. Por eso, y al menos en determinados ámbitos, sobre todo para la reclamación de daños corporales y morales y de los perjuicios de orden patrimonial que de ellos se deriven, sería conveniente disponer de un único régimen jurídico, se consideren los daños contractuales o extracontractuales, circunstancia que perdería entonces toda relevancia. Una unificación jurídica que podría alcanzarse sin grandes dificultades a través de la homogeneización de ciertas normas sustantivas y procesales, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los pactos lícitos que modulen la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes. Así parece avalarlo el hecho de que, como afirma la ya mencionada S.T.S. de 30 de diciembre de 1980¹²¹⁵, «los artículos 1101 y 1902 del C.C. responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad indemnizatoria».

§ 91.º Una regulación unitaria de la responsabilidad civil que permita al perjudicado encontrar el resarcimiento de aquellos daños que guarden una relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos no ya a reglas comunes, sino a la misma normativa. A juzgar por los movimientos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos que se vienen produciendo en el Derecho comparado¹²¹⁶ e incluso en el comunitario europeo, puede que nos encontremos

¹²¹⁴ En *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., pág. 167.

¹²¹⁵ RJ 1980, 4815.

¹²¹⁶ Es ejemplar, en este sentido, lo que dispone el art. 99.3.º del Código de las Obligaciones suizo («las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual»); así como el A.B.G.B. austríaco, en el que hay un tratamiento unitario del Derecho de reparación de daños (§§ 1293 y sigs.). En el área de influencia hispanoamericana, la doctrina argentina viene trabajando hace décadas en diferentes

ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil.¹²¹⁷

§ 92.º Por tales razones, son de aplaudir las tendencias dirigidas a la unificación de ambas esferas de la responsabilidad civil, en el ordenamiento jurídico español, como sucedió en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (con el artículo 12.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos¹²¹⁸), del transporte aéreo (en los artículos 115 y siguientes de la L.N.A.E.¹²¹⁹) o de circulación en vehículos a motor (en el artículo 1.1 del T.R.L.R.C.S.C.V.M.¹²²⁰); aunque la uniformidad del régimen jurídico, salvo en el caso de este último T.R., afecte tan sólo al ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva, ya que la L.N.A.E regula conjuntamente la responsabilidad derivada del contrato de transporte aéreo y la de carácter extracontractual, así como el artículo 143.1 del T.R.L.G.D.C.U. establece un plazo de prescripción de la acción de responsabilidad uniforme, no ligado a la eventual relación que pudiera existir entre la víctima y el demandado, por lo que no genera dudas si se quisiera determinar si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cuyo régimen se encuentra regulado, con carácter general, en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹²²¹. Pero sobre todo la Ley 42/2015, de 5 de octubre¹²²², de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero,

Proyectos de reforma del Código Civil, unificando los plazos de prescripción e igualando la extensión del resarcimiento, que concluyeron con el Código Civil de 2015, el cual unifica el régimen de la responsabilidad civil en los arts. 1708 y sigs..

¹²¹⁷ Tal y como defendía Yzquierdo Tolsada (en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, cit., pág. 105), en la senda de Viney (en VINEY, G., “Les obligations. La Responsabilité: conditions”, cit., pág. 299).

¹²¹⁸ Que ha sido incorporada en el T.R.L.G.D.C.U. (Ref. BOE – A – 2007 – 20555), correspondiendo dicho artículo de la Ley derogada al art. 143.1 de este T.R..

¹²¹⁹ Ref. BOE – A – 1960 – 10905.

¹²²⁰ Ref. BOE – A – 2004 – 18911.

¹²²¹ Ref. BOE – A – 2015 – 10566.

¹²²² Ref. BOE – A – 2015 – 10727.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

de Enjuiciamiento Civil¹²²³, llevó a cabo una primera actualización del régimen de la prescripción que contiene el Código Civil español, cuestión de una gran importancia en la vida jurídica y económica de los ciudadanos. A partir de los trabajos de la Comisión General de Codificación, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, aplicable a la responsabilidad contractual, estableciendo un plazo general de cinco años (por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre¹²²⁴). Con ello, se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo¹²²⁵, aproximándolo del plazo de un año de la responsabilidad extracontractual¹²²⁶. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley (en 07/10/2015), de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años.

¹²²³ Ref. BOE – A – 2000 – 323.

¹²²⁴ Ref. BOE – A – 2015 – 10727.

¹²²⁵ Como se explica en el Preámbulo VI de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

¹²²⁶ Cfr. al art. 1968.2.º del referido C.C..

IX – CONCLUSIONES

§ 1.º La responsabilidad contractual tiene como presupuesto la existencia de una relación obligatoria previa entre el dañante y el dañado, que atribuye a este último un derecho de crédito que ha quedado insatisfecho; en la responsabilidad extracontractual, ninguna relación obligatoria previa conecta el responsable al perjudicado o, preexistiendo ésta, el daño se halla por completo ajeno al ámbito que le es propio.

§ 2.º La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual tiene motivos puramente históricos: la responsabilidad contractual, como sanción por el no cumplimiento de obligaciones, tiene su origen en la Ley de las XII Tablas, mientras que la responsabilidad extracontractual, en cuanto compensación por los daños causados por un delito, desciende directamente de la *Lex Aquilia de damno* - de donde deriva toda la evolución subsiguiente; por lo que la responsabilidad contractual tiene un origen y un desarrollo muy distintos de la responsabilidad extracontractual.

§ 3.º Debido al hecho de la *Lex Aquilia* apenas reprime los actos ilícitos positivos, dejando de fuera los actos ilícitos negativos, como el incumplimiento contractual, y a la consecuente distinción entre la responsabilidad por incumplimiento del contrato y la responsabilidad resultante de otros hechos ilícitos, se perdió en el olvido la identidad entre ambos tipos de responsabilidad y se confundió, históricamente, el análisis de la responsabilidad contractual con el del contenido mismo del contrato. Sin embargo, el incumplimiento del contrato por una de las partes constituye también un hecho ilícito, que puede ocasionar daños.

§ 4.º Aunque históricamente, desde la Ley de la XII Tablas, el régimen jurídico de la responsabilidad aquiliana y de la responsabilidad obligacional es

distinto, la unicidad de la responsabilidad civil es apriorística: en la responsabilidad obligacional, el hecho dañoso es consecuencia de la violación de una obligación previamente constituida y, simultáneamente, del deber más general de «no dañar a otro»; a semejanza de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual, en la que también está en causa la infracción del general «*neminem laedere*». Es decir, el principio subyacente a ambos tipos de responsabilidad es el mismo: «no causar daño a los demás», que era ya considerado por los juristas romanos como una de las tres grandes máximas del comportamiento social. Lo que fundamenta la responsabilidad obligacional no es la violación de una obligación previamente constituida por sí sola, sino el hecho de que esa violación causa daño a otro, como sucede con la responsabilidad extracontractual. La diferencia histórica de régimen normativo es una mera opción legislativa.

§ 5.º Es cierto que el C.C. español, a semejanza del C.C. portugués, no contiene una regulación unitaria para todos los casos, sino que desdobra la materia en dos sectores: daños derivados de incumplimiento contractual (regulados en los arts. 1101 y siguientes del C.C. español y en los arts. 798 y siguientes del C.C. portugués) y daños derivados de culpa extracontractual (regulados en los arts. 1902 y siguientes del C.C. español y en los arts. 483 y siguientes del C.C. portugués). Sin embargo, los principios básicos son los mismos en uno y otro sector, siendo la diversidad de consecuencias algo más aparente que real. En la Responsabilidad contractual como en la Responsabilidad extracontractual, el deber de indemnizar los daños causados se incluye en el marco de una relación obligatoria, pero en un caso se trata de una obligación delictual o derivada de un hecho ilícito y en otro de una obligación previamente constituida por la ley, negocio jurídico unilateral, contrato o cuasicontrato. La configuración exterior de tales obligaciones se atiene siempre al esquema de la relación obligatoria: un acreedor, un deudor y una exigencia de prestación.

§ 6.º La responsabilidad civil es dualista en su régimen normativo y unitaria por naturaleza jurídica: no se trata de que en la responsabilidad contractual lo que esté en causa sea una modificación de la obligación inicialmente constituida y en la responsabilidad extracontractual una contravención al principio «*alterum non laedere*»; sino que lo que está en causa en ambas es la inobservancia del deber de «no causar daño a los demás», en la primera por la lesión de un derecho de crédito y en la segunda a través de la violación de deberes genéricos de respeto por los derechos ajenos. O sea, lo que está por detrás tanto de una como de otra es el principio de la imputación y del resarcimiento de daños y perjuicios, dado que sin daños y perjuicios no hay imputación, constituyendo éstos los dos elementos esenciales de la responsabilidad civil. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o extracontractual. Ambos tipos de responsabilidad están pensados para un mismo fenómeno: el resarcimiento de daños.

§ 7.º Dado que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual responden a un principio común de Derecho, el principio de la imputación y del resarcimiento de daños y perjuicios, son similares (apenas con algunos contrastes) los elementos fundamentales de la responsabilidad contractual con referencia a la extracontractual: el hecho (acción u omisión), la ilicitud o antijuridicidad, el criterio de imputación del hecho al responsable (que puede ser la culpa o el riesgo), el daño y la relación causal entre el hecho y el daño.

§ 8.º La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil por daños y perjuicios es de naturaleza reparatorio-compensatoria: proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventivo-punitiva, sin detrimento de que esta función desempeñe un papel secundario o complementario. En relación a la

responsabilidad contractual, su función fundamental será, simplemente, reparar los daños y perjuicios causados a intereses distintos del propio cumplimiento de la obligación, generando igualmente responsabilidad la violación de deberes accesorios de protección, lealtad e información. En lo que toca a la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad civil deberá asumir además una función preventivo-punitiva, cuando estén en causa daños no patrimoniales.

§ 9.º En el supuesto de que se considere que el concurso de responsabilidades contractual y extracontractual sea de dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes entre sí, en lugar de hablar de concurrencia de acciones, deberá hacerse de un simple concurso de normas, ya que la acción siempre será única, único el *petitum* (resarcimiento del daño) y única la *causa petendi* (el hecho productor del daño); por lo que la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual del daño, como mera cuestión de calificación, no alteraría su unicidad.

§ 10.º Un mismo hecho dañoso puede resultar de la violación de una obligación de carácter contractual y, simultáneamente, del deber más general de «no dañar a otro»; es decir, el daño puede ser contractual sin dejar de ser extracontractual o, por lo menos, existe una “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad civil.

§ 11.º Cuando el daño producido se sitúa en la llamada “zona mixta o fronteriza” entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, o sea, cuando un mismo hecho dañoso es susceptible de ser encuadrado en ambas esferas de la responsabilidad civil, la situación creada determina que existan dos regímenes normativos que resultan aplicables al caso. En el concurso de responsabilidades contractual y extracontractual, se verifica la existencia de un mismo hecho merecedor de una doble calificación jurídica (como daño contractual o daño extracontractual) y de una dualidad de regímenes normativos correspondientemente aplicables. Dado que dichas

regulaciones dispares no son acumulables entre sí, sino que se excluyen recíprocamente, mientras no exista una intervención legislativa que concilie aquella concurrencia normativa, los correspondientes regímenes estarán en conflicto.

§ 12.º Las zonas “nublosas” donde más cuestiones se levantan se encuentran en el ámbito de la responsabilidad precontractual, postcontractual o paracontractual y de los deberes accesorios (deberes de protección del contrato o “obligaciones de seguridad”) o condiciones adicionales impuestos por la buena fe, así como del supuesto de la invalidez *inter partes* del contrato o negocio jurídico, sobre todo en caso de nulidad, o del “contrato con eficacia de protección a terceros”, que constituyen los temas que mejor aconsejan al tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil.

§ 13.º Entendemos que, para resolver las cuestiones planteadas por la existencia de una “zona mixta o fronteriza” entre las dos esferas de la responsabilidad, debería de haber un régimen jurídico común a toda responsabilidad civil, en vez de crearse doctrinalmente una nueva categoría de responsabilidad (la denominada “Tercera Vía”).

§ 14.º El conflicto se agrava por el contraste existente entre el carácter limitado del ámbito asignado al régimen contractual y la vocación, prácticamente ilimitada, reconocida al régimen extracontractual, que ha favorecido las tentativas de invasión de aquél por parte de éste.

§ 15.º La práctica demuestra que el problema de Derecho material de mayor calado se refiere a la sustancial diferencia de plazos de prescripción entre la responsabilidad extracontractual (un año, en el caso español, y tres años, en el caso portugués) y la responsabilidad contractual (que era de quince años, en el caso español, y de veinte años, en el caso portugués), la cual ha llevado a “contractualizar” daños extracontractuales para escapar de la prescripción,

conduciendo a una auténtica “guerra de plazos” que implica falta de seguridad jurídica. Por ello, esta diferencia hoy ha sido reducida en España, desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹²²⁷, ya que se acortó el plazo general de las acciones personales del artículo 1964 del C.C. aplicable a la responsabilidad contractual, estableciéndose un nuevo plazo de cinco años.

§ 16.º Salvo en muy contadas ocasiones, la Jurisprudencia no ha dudado en proceder a la calificación jurídica de cada caso como contractual o extracontractual de la forma que mejor se acomodara para conceder al perjudicado la posibilidad de obtener una efectiva reparación del daño, designadamente para enervar la excepción de prescripción; así como tampoco ha vacilado en permitir al demandante un derecho de opción entre la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual y las de la responsabilidad extracontractual - como manifestación del *favor lesi*, muy en consonancia con los postulados de equidad.

§ 17.º En la mayor parte de los casos concretos resulta absurdo que, para pedir la indemnización por unos mismos daños, sea diferente el régimen normativo según se considere que su origen es contractual o extracontractual; contando, además, con la situación de inseguridad jurídica que genera el hecho, bastante frecuente, de que no exista una línea jurisprudencial homogénea sobre la materia. Por eso, y al menos en determinados ámbitos, sobre todo para la reclamación de daños corporales y morales y de los perjuicios de orden patrimonial que de ellos se deriven, sería conveniente disponer de un único régimen jurídico, se consideren los daños contractuales o extracontractuales, circunstancia que perdería entonces toda relevancia. Una unificación de regímenes jurídicos que podría alcanzarse sin grandes dificultades a través de la homogeneización de ciertas normas sustantivas y procesales, sin perjuicio de

¹²²⁷ Ref. BOE – A – 2000 – 323.

la aplicación, en su caso, de los pactos lícitos que modulen la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes.

§ 18.º Si que para que exista responsabilidad extracontractual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley y para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación previamente constituida, cabe concluir que las llamadas responsabilidades contractual y extracontractual tienen idéntica naturaleza jurídica y no se justifica la pretendida dualidad de sistemas; por lo que es recomendable la unificación de los dos regímenes normativos del resarcimiento.

JURISPRUDENCIA

Por orden cronológico:

1. Jurisprudencia española

- S.T.S. de 10 de julio de 1943 (RJ 1943,856)
- S.T.S. de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946, 253)
- S.T.S. de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950, 394)
- S.T.S. de 24 de marzo de 1952 (RJ 1952, 1209)
- S.T.S. de 23 de diciembre de 1952 (RJ 1952, 2673)
- S.T.S. de 10 de febrero de 1959 (RJ 1959, 1483)
- S.T.S. de 30 de junio de 1959 (RJ 1959, 2944)
- S.T.S. de 7 de enero de 1960 (RJ 1960, 104)
- S.T.S. de 22 de marzo de 1962 (Roj: STS 2693/1962)
- S.T.S. de 3 de junio de 1962 (RJ 1962, 3165)
- S.T.S. de 13 de junio de 1962 (RJ 1962, 3168)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 18 de junio de 1962 (Roj: STS 33/1962)
- S.T.S. de 9 de abril de 1963 (Roj: STS 2376/1963)
- S.T.S. de 20 de febrero de 1964 (RJ 1964, 1038)
- S.T.S. de 3 de mayo de 1968 (Roj: STS 2096/1968)
- S.T.S. de 10 de octubre de 1968 (Roj: STS 2819/1968)
- S.T.S. de 25 de octubre de 1968 (Roj: STS 2782/1968)
- S.T.S. de 23 de enero de 1970 (Roj: STS 424/1970)
- S.T.S. de 26 de junio de 1975 (RJ 1975, 2613)
- S.T.S. de 1 de abril de 1977 (RJ 1977, 1510)
- S.T.S. de 2 de febrero de 1976 (RJ 1976, 311)
- S.T.S. de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4815)
- S.T.S. de 12 de febrero de 1981 (RJ 1981, 530)
- S.T.S. de 17 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1009)
- S.T.S. de 10 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4471)
- S.T.S. de 8 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6534)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 9 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1463)
- S.T.S. de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1646)
- S.T.S. de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1647)
- S.T.S. (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1983(RJ 1983, 1646)
- S.T.S. de 6 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2670)
- S.T.S. de 5 de julio de 1983 (RJ 1983, 4072)
- S.T.S. de 14 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5326)
- S.T.S. de 18 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5332)
- S.T.S. de 16 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6116)
- S.T.S. de 3 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6817)
- S.T.S. de 26 de enero de 1984 (RJ 1984, 386)
- S.T.S. de 1 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1191)
- S.T.S. de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403)
- S.T.S. de 10 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2405)
- S.T.S. de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3250)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3802)
- S.T.S. de 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4762)
- S.T.S. de 13 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6111)
- S.T.S. de 9 de enero de 1985 (RJ 1985, 167)
- S.T.S. de 21 de junio de 1985 (RJ 1985, 3308)
- S.T.S. de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4566)
- S.T.S. de 31 de enero de 1986 (RJ 1986, 444)
- S.T.S. de 2 de abril de 1986 (RJ 1986, 1788)
- S.T.S. de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2824)
- S.T.S. de 1 de julio de 1986 (RJ 1986, 4559)
- S.T.S. de 3 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5234)
- S.T.S. de 2 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7191)
- S.T.S. de 16 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7447)
- S.T.S. de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7751)
- S.T.S. de 19 de febrero de 1987 (RJ 1987, 719)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 3 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1857)
- S.T.S. de 13 de abril de 1987 (RJ 1987, 2706)
- S.T.S. de 22 de abril de 1987 (RJ 1987, 2723)
- S.T.S. de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 943)
- S.T.S. de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2226)
- S.T.S. de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4087)
- S.T.S. de 12 de julio de 1988 (RJ 1988, 5991)
- S.T.S. de 1 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9284)
- S.T.S. de 26 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9817)
- S.T.S. de 1 de febrero de 1989 (RJ 1989, 650)
- S.T.S. de 6 de febrero de 1989 (RJ 1989, 670)
- S.T.S. de 23 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1250)
- S.T.S. de 7 de abril de 1989 (RJ 1989, 2997)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 25 de abril de 1989 (RJ 1989, 3471)
- S.T.S. de 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3757)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 19 de julio de 1989 (RJ 1989, 5724)
- S.T.S. de 25 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6379)
- S.T.S. de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6926)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 154)
- S.T.S. de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 74)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 30 de enero de 1990 (RJ 1990, 233)
- S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668)
- S.T.S. de 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 7306)
- S.T.S. de 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9042)
- S.T.S. de 26 noviembre de 1990 (RJ 1990, 9047)
- S.T.S. de 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9900)
- S.T.S. de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4434)
- S.T.S. de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9468)
- S.T.S. de 28 de abril de 1992 (RJ 1992, 4466)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4274)
- S.T.S. de 5 julio de 1992 (RJ 1992, 6079)
- S.T.S. de 20 julio de 1992 (RJ 1992, 6438)
- S.T.S. de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7529)
- S.T.S. de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7540)
- S.T.S. de 15 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7822)
- S.T.S. de 30 de enero de 1993 (RJ 1993, 355)
- S.T.S. de 2 de febrero de 1993 (RJ 1993, 793)
- S.T.S. de 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1457)
- S.T.S. de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771)
- S.T.S. de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2276)
- S.T.S. de 26 de abril de 1993 (RJ 1993, 2946)
- S.T.S. de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3718)
- S.T.S. de 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 6161)
- S.T.S. de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9886)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.C 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12)
- S.T.S. de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994, 854)
- S.T.S. de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1468)
- S.T.S. de 15 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1982)
- A.T.S (Sala de Conflictos de Competencia) de 4 de abril de 1994 (RJ 1994, 3197)
- S.T.S. de 12 de abril de 1994 (RJ 1994, 2789)
- S.T.S. de 29 de abril de 1994 (RJ 1994, 2983)
- S.T.S. de 5 de julio de 1994 (RJ 1994, 5602)
- S.T.S. de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307)
- S.T.S de 2 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7442)
- S.T.S. de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7475)
- S.T.S. de 29 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9165)
- S.T.S. de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 844)
- S.T.S. de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995, 4077)
- S.T.S. (Sala de lo Penal) de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1910)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4089)
- S.T.S. de 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4933)
- S.T.S. (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6748)
- S.T.S. de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735)
- S.T.S. de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2415)
- S.T.S. de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2244)
- S.T.S. de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793)
- A.T.S (Sala de Conflictos de Competencia) de 10 de junio de 1996 (RJ 1996, 9676)
- S.T.S. de 15 de junio de 1996 (RJ 1996, 4774)
- S.T.S. de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5662)
- S.T.S. de 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6720)
- S.T.S. de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235)
- S.T.S. de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8971)
- S.T.S. de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1240)
- S.T.S. de 21 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2186)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 2 de abril de 1997 (RJ 1997, 2727)
- S.T.S. de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2742)
- S.T.S. de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3885)
- S.T.S. de 9 de junio de 1997 (RJ 1997, 4731)
- S.T.S. de 28 de junio de 1997 (RJ 1997, 5151)
- S.T.S. de 22 de julio de 1997, sentencia núm. 698/1997 (RJ 1997, 6156)
- S.T.S. de 22 de julio de 1997, sentencia núm. 708/1997 (RJ 1998, 221)
- S.T.S. de 3 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6382)
- S.T.S. de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)
- S.T.S. de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8816)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9422)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 737)
- S.T.S. de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9343)
- S.T.S. de 24 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8905)
- S.T.S. de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9493)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. (Sala de lo Penal) de 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 385)
- S.T.S. de 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1270)
- S.T.S. de 24 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2049)
- S.T.S. de 25 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1651)
- S.T.S. de 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 2140)
- S.T.S. de 13 de abril de 1998 (RJ 1998, 2390)
- S.T.S. de 17 de abril de 1998 (RJ 1998, 2056)
- S.A.P. de Madrid de 5 de mayo de 1998 (AC 1998, 7198)
- S.T.S. de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2934)
- S.T.S. de 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 3717)
- S.T.S. de 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290)
- S.T.S. de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013)
- S.T.S. de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6141)
- S.A.P. de León de 15 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1504)
- S.T.S. de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 17 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6544)
- S.T.S. de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)
- S.T.S. de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371)
- S.T.S. de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7565)
- S.T.S. de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404)
- S.T.S. de 13 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8742)
- S.T.S. de 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8817)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10501)
- S.T.S. de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161)
- S.T.S. de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2598)
- S.T.S. de 8 de abril de 1999 (RJ 1999, 2660)
- S.T.S. de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583)
- S.T.S. de 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 2615)
- S.T.S. de 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 4105)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 13 de julio de 1999 (RJ 1999, 5046)
- S.T.S. de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726)
- S.T.S. de 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6601)
- S.T.S. de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057)
- S.T.S. de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8287)
- S.T.S. de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978)
- S.T.S. de 24 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 1612)
- S.T.S. de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9496)
- S.T.S. de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9752)
- S.T.S. de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 840)
- S.T.S. de 10 de febrero de 2000 (RJ 2000, 845)
- S.T.S. de 11 de febrero de 2000 (RJ 2000, 673)
- S.T.S. de 12 febrero de 2000 (RJ 2000, 820)
- S.T.S. de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1161)
- S.T.S. de 7 marzo de 2000 (RJ 2000, 1508)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3933)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6278)
- S.T.S. de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089)
- S.T.S. de 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 5098)
- S.T.S. de 30 de junio de 2000 (RJ 2000, 5918)
- S.T.S. de 7 de julio de 2000 (RJ 2000, 5928)
- S.T.S. de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7526)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9673)
- S.T.S. de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8678)
- S.T.S. de 28 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9303)
- S.T.S. de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9887)
- S.T.S. de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000,9445)
- S.T.S. de 31 de enero de 2001 (RJ 2001, 537)
- S.T.S. de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242)
- S.T.S. de 23 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2549)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590)
- S.T.S. de 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7379)
- S.T.S. de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372)
- S.T.S. de 11 de junio de 2001 (RJ 2001, 5674)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de junio de 2001 (RJ 2001, 7212)
- S.T.S. de 2 de julio de 2001 (RJ 2002, 1700)
- S.T.S. de 22 de julio de 2001 (RJ 2001, 5075)
- S.T.S. (Sala de lo Penal) de 5 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8340)
- S.T.C 186/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 186)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9595)
- A.T.S. (Sala de Conflictos de Competencia) de 23 de octubre de 2001 (RJ 2003, 1184)
- S.T.S. de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9530)
- S.T.S. de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9856)
- S.T.S. de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2711)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3501)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4539)
- S.T.S. de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5242)
- S.T.S. de 21 de junio de 2002 (RJ 2002, 5829)
- S.T.S. de 15 de julio de 2002 (RJ 2002, 5911)
- S.T.S. de 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6254)
- S.T.S. de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 7479)
- S.T.S. de 7 de octubre de 2002 (RJ 2003, 357)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003, 504)
- S.T.S. de 22 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 914)
- S.T.S. de 4 de febrero de 2003 (RJ 2003, 844)
- S.T.S. de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010)
- S.T.S. de 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 3003)
- S.T.S. de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 3683)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 22 de abril de 2003 (RJ 2003, 3545)
- S.T.S. de 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 4535)
- S.T.S. de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3890)
- S.T.S. de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)
- S.T.S. de 9 de julio de 2003 (RJ 2003, 4617)
- S.T.S. de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630)
- S.T.S. de 29 de julio de 2003 (RJ 2003, 5991)
- S.T.S. de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003, 6851)
- S.A.N. de 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004, 274)
- S.T.S. de 12 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9285)
- S.T.S. de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8793)
- S.T.S. de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 367)
- S.T.S. de 22 de enero de 2004 (RJ 2004, 207)
- S.T.S. de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3889)
- S.T.S. de 17 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1926)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2053)
- S.T.S. de 4 de junio de 2004 (RJ 2004, 3985)
- S.T.S. de 10 de junio de 2004 (RJ 2004, 3605)
- S.T.S. de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5681)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7414)
- S.T.S. de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7208)
- S.T.S. de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7210)
- S.T.S. de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8132)
- S.T.S. de 23 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 82)
- S.T.S. de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005, 949)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 6358)
- S.T.S. de 29 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3881)
- S.A.N. de 25 de mayo de 2005 (RJCA 2005, 1029)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 1 de junio de 2005 (RJ 2005, 9662)
- S.T.S. de 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5323)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 27 de junio de 2005 (RJ 2005, 4438)
- S.T.S. de 7 de julio de 2005 (RJ 2005, 9545)
- S.T.S. de 13 de julio de 2005 (RJ 2005, 9611)
- S.T.S. de 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532)
- S.T.S. de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745)
- S.T.S. de 29 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10192)
- S.T.S.J. de Madrid de 2 de febrero de 2006 (RJCA 2006, 383)
- S.T.S. de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 884)
- S.T.S. de 27 de febrero de 2006 (RJ 2006, 694)
- S.T.S. de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5508)
- S.T.S. de 30 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5291)
- S.T.S. de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724)
- S.T.S. de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3171)
- S.T.S. de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3497)
- S.T.S. de 20 de junio de 2006 (RJ 2006, 4608)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 4965)
- S.T.S. de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6380)
- S.T.S. de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)
- S.T.S. de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6497)
- S.T.S. de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6427)
- S.T.S. de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8705)
- S.T.S. de 14 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8063)
- S.T.S. de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9491)
- S.T.S. de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2115)
- A.T.S. (Sala de Conflictos de Competencia) de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007, 8689)
- S.T.S. de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431)
- S.T.S. de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 5572)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 8300)
- S.T.S. de 5 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5439)
- S.T.S. de 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8621)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6815)
- S.T.S. de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 24)
- S.T.S. de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39)
- S.T.S. de 10 de junio de 2008 (RJ 2008, 4246)
- S.T.S. de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4626)
- S.T.S. de 22 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5787)
- S.T.S. de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5801)
- S.T.S. de 24 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6061)
- S.T.S. de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6945)
- S.T.S. de 19 diciembre de 2008 (RJ 2009, 536)
- S.T.S. de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 162)
- S.T.S. (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2008 (RJ 2008, 2064)
- S.T.S. de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873)
- S.T.S. de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2803)
- S.T.S. de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7287)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138)
- S.T.S. de 30 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7619)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4393)
- S.T.S. de 5 de abril de 2010 (RJ 2010, 4034)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6864)
- S.T.S. de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7450)
- S.T.S. de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988)
- S.T.S. de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011, 4250)
- S.T.S. de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4138)
- S.T.C. de 27 de febrero de 2012 (RTC 2012, 25)
- S.T.S. de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 6709)
- S.T.S. de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8027)
- S.T.S. de 30 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4217)

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- S.T.S. de 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 820)
- S.T.S. de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2254)
- S.T.S. de 10 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4183)
- S.T.S. de 14 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3719)
- S.T.S. de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4225)
- S.T.S. (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1401)
- S.T.S. de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 984)
- S.T.S. (Sala 3.^a) de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2275)
- S.T.S. de 10 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4947)
- S.T.S. de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 440)
- S.T.S. de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 826)
- S.T.S. de 5 de julio de 2017 (RJ 2017, 3685)
- S.T.S. de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)
- S.T.S. de 12 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5410)
- S.T.S. de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2442)

- S.T.S. de 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 61)

2. Jurisprudencia portuguesa

- Proceso: 061868
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ00007009
Ponente: GONÇALVES PEREIRA
Fecha: **10-11-1967**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 069021
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ00022507
Ponente: SÁ GOMES
Fecha: **05-02-1981**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 073035
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ00003606
Ponente: MAGALHÃES BAIÃO
Fecha: **25-07-1985**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 074022
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ00001664
Ponente: JOAQUIM FIGUEIREDO

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Fecha: **14-10-1986**

Tipo Resolución: Acórdão

- Proceso: 075347
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N. ° Convencional: JSTJ00000364
Ponente: LIMA CLUNY
Fecha: **26-11-1987**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 96A602
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N. ° Convencional: JSTJ00031569
Ponente: MACHADO SOARES
Fecha: **11-03-1997**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 03A2112
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N. ° Convencional: JSTJ000
Ponente: AFONSO CORREIA
Fecha: **08-07-2003**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 03B4187
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N. ° Convencional: JSTJ000
Ponente: FERREIRA DE ALMEIDA
Fecha: **29-01-2004**
Tipo Resolución: Acórdão

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- Proceso: 04A2070
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ000
Ponente: PONCE DE LEÃO
Fecha: **06-07-2004**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 07B111
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ000
Ponente: ALBERTO SOBRINHO
Fecha: **22-02-2007**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 07A701
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ000
Ponente: AZEVEDO RAMOS
Fecha: **17-04-2007**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 08B2943
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: JSTJ000
Ponente: JOÃO BERNARDO
Fecha: **23-10-2008**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 162/2001.L1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 4.ª Secção

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Ponente: MÁRIO PEREIRA

Fecha: **03-02-2010**

Tipo Resolución: Acórdão

- Proceso: 8091/03.6TBVFR.P1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 1.ª Secção
Ponente: PAULO SÁ
Fecha: **08-02-2011**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 1400/04.2TBAMT.P1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 1.ª Secção
Ponente: GABRIEL CATARINO
Fecha: **10-07-2012**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 488/09.4TBESP.P1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 1.ª Secção
Ponente: HELDER ROQUE
Fecha: **05-02-2013**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 124/07.3TBVFC.L1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 7.ª Secção
Ponente: GRANJA FONSECA
Fecha: **29-05-2014**
Tipo Resolución: Acórdão

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

- Proceso: 824/06.5TVLSB.L2.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 6.ª Secção
Ponente: FONSECA RAMOS
Fecha: **01-07-2014**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 5105/12.2TBXL.L1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 2.ª Secção
Ponente: TOMÉ GOMES
Fecha: **09-07-2015**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 12198/14.6T8LSB.L1.S1
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 2.ª Secção
Ponente: TOMÉ GOMES
Fecha: **30-11-2017**
Tipo Resolución: Acórdão
- Proceso: 296/16.6T8GRD.C1.S2
Tipo Órgano: Supremo Tribunal de Justiça
N.º Convencional: 2.ª Secção
Ponente: ROSA TCHING
Fecha: **15-11-2018**
Tipo Resolución: Acórdão

3. Jurisprudencia francesa

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Limoges de 24 de marzo de 1896 (*caso Rousseau vs. Ferrocarriles de Orleáns*)
- Decisión del Consejo de Estado de 3 de agosto de 1928
- Sentencia de la Corte de Apelación de Lyon de 17 de noviembre de 1958
- Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes 15 de diciembre de 1961
- Sentencia del Tribunal Administrativo de París de 27 de noviembre de 1985
- Sentencia del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1990

4. Jurisprudencia italiana

- Sentencia de la Corte de Apelación de Roma, Sección 3, de 17 de febrero de 1988
- Sentencia de la Casación Civil, Sección 3, 1286/1998, de 6 de febrero de 1998
- Sentencia de la Casación Civil, Sección 3, 4400/2004, de 4 de marzo

5. Jurisprudencia inglesa

- Sentencia de la *Court of Appeal* de 1911 (asunto *Chaplin vs. Hichs*)

6. Jurisprudencia comunitaria

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 1984 (caso *Goddi*)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 1985 (caso *Collozza*)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1990 (caso *Delta*)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto *Farrugia, T-230/94*)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 1998 (casos *Tinnelly y McEldulf*)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2006 (asunto *Gruais y Busquet*)

7. Jurisprudencia norteamericana

- Sentencia resolutoria del caso *Hicks vs. United States* de 1966

8. Jurisprudencia argentina

- Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala D, de 17 de diciembre de 1982
- Sentencia del Tribunal de Córdoba de 10 de mayo de 1985
- Sentencia de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala 2.^a, de 26 de agosto de 1988
- Sentencia de la Cámara Nacional Civil de 7 de febrero de 1989
- Sentencia de la Cámara Nacional Civil de 30 de marzo de 1990
- Sentencia de la Cámara Nacional Civil de 15 de noviembre de 1990
- Sentencia de la Cámara Nacional Civil de 27 de febrero de 1991
- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 25 de junio de 2003
- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5 de octubre de 2004

9. Jurisprudencia de la Corte Interamericana

- Sentencia de reparaciones de 27 de noviembre de 1998 (caso *Castillo Páez c. República del Perú*)

BIBLIOGRAFÍA

Por orden alfabético:

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil Español, Volumen I – Introducción y Parte General*, Librería Bosch, Barcelona, 4.ª Edición, 1987, pág. 40

ALBANÉS MEMBRILLO, A., “La responsabilidad civil del abogado”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Año 1999, N.º 11, págs. 79-103

ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 12.ª Edición, 2009, págs. 301-613

ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 485, Julio-Agosto 1971, págs. 859 y sigs.

ALONSO PÉREZ, M. T., *Los Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 162 y sigs.

ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 108 y sigs.

ÁLVAREZ LATA, N., y **BUSTOS MORENO, Y.**, “Responsabilidad Civil en el Ámbito del Transporte y Navegación Aérea”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 996 y sigs.

ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, págs. 9-87

ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 950

ÁNGEL YAGÜEZ, R., “La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coordinador), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 14

ANTUNES VARELA, J., *Das Obrigações em Geral*, Volumen I, Almedina, Coimbra, 10.^a Edición, 2003, págs. 527 y sigs.

ARCOS VIEIRA, M. L., “Comentario al art. 1887 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 12861 y sigs.

ARROYO ABAD, B., *La Responsabilidad Civil en el Marco de los Seguros de Asistencia Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Mayor, 2016

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La Culpa In Contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, 1989

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Comentario al art. 1104 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 7918 y sigs.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad Civil Médica”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 331 y sigs.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008

BENÍTEZ DE LUGO, L., *El seguro obligatorio de vehículos a motor y su proyección indemnizatoria*, Reus, Madrid, 1965, pág. 47

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Derecho de autor. Contrato de edición. Defraudación de la propiedad intelectual. Doctrina de los actos propios. Responsabilidad contractual y extracontractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 3, 1983, págs. 993-1000

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Responsabilidad de abogados y procuradores”, *Aranzadi Civil*, Año 1997, N.º 3, págs. 20-21

BLANCO GÓMEZ, J. J., *La Concurrencia de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en un Mismo Hecho Dañoso. Problemática en Derecho Sustantivo Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, págs. 27-147

BUSTO LAGO, J. M., *La Antijuridicidad del Daño Resarcible en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 246 y sigs.

CALVÃO DA SILVA, J. N., “Segurança e Saúde no Trabalho”, *Ordem dos Advogados*, Año 68 (2008), Volumen I (en el sitio de Internet: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/joao-nuno-calvao-da-silva-seguranca-e-saude-no-trabalho>)

CARNEIRO DA FRADA, M., *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 85 y sigs.

CARNEIRO DA FRADA, M., *Direito Civil - Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 103-104

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*,

Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 383

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 1137 C.C.”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 8364-8365

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2.^a Edición, 2017, págs. 119 y sigs.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad civil; relación de causalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N.º 17, 1988, págs. 379 y sigs.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Sustantivo)”, en CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 21 y sigs.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 628, Año n.º 71 (1995), págs. 747-788

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los Deberes de Protección del Deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 299 y sigs.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Volumen II – *Teoría Jurídica del Delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 6.^a Edición, 1998, págs. 212-348

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*, Volumen III – *Teoría Jurídica del Delito/2*, Editorial Tecnos, Madrid, 2.^a Reimpresión, 2002, págs. 136-137

CERVILLA GARZÓN, M. D., *La Prestación de Servicios Profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 93

CERVILLA GARZÓN, M. D., “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *Actualidad Civil*, Año 2003, N.º 40, pág. 1075-1090

CORDERO LOBATO, E., “Notas al proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, núm. 79, pág. 877

CÓRDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1972, págs. 287 y sigs.

CRESPO MORA, M. C., “La Responsabilidad Civil del Abogado en el Derecho Español: Perspectiva Jurisprudencial”, *Revista de Derecho*, N.º 25, Barranquilla, 2006, págs. 257 y sigs.

CUERDA ARNAU, M. L., “Comentario al art. 20.6.º”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 162 y sigs.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pág. 1268

DE COSSÍO, A., “El dolo en el derecho civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 105

DE COSSÍO, A., “La causalidad en la responsabilidad civil: estudios de derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 527 y sigs.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Artículo 218. Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 384 y sigs.

DE ROBERTIS, F. M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Edit. Cacucci, 1966, págs. 39 y sigs.

DÍAZ ALABART, S., “Comentario al artículo 1103 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pág. 576

DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad extracontractual de las compañías aéreas en caso de accidentes: su regulación en las normas comunitarias”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coordinador), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 207-226

DÍAZ ALABART, S., *Robots y Responsabilidad Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2018, págs. 21 y sigs.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, págs. 35-45

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II – *Teoría General del Contrato. La Relación Obligatoria en General. Las Relaciones Obligatorias en Particular*, Editorial Tecnos, Madrid, 4.^a Edición, 1986, págs. 620-621

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 268 y sigs.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I - *Introducción Teoría del Contrato*, Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 311-326

DÍEZ-PICAZO, L., *El Escándalo del Daño Moral*, Civitas, Madrid, 2008

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo V – *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 227

DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delectus*, Tomo 2, Edit. Hachette Livre Bnf, Paris, 2019, págs. 179 y sigs.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pág. 434

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Análisis de sus fronteras.”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum – Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, págs. 113 y sigs.

D’ORS, A., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I – *Constituciones preliminares y libros 1-19*, Aranzadi, Pamplona, 1968, pág. 379

D’ORS, A., *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1997, págs. 406 y sigs.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Audiencia Previa. Consideraciones teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 123 y sigs.

FEMENÍA LÓPEZ, P., “La Indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Coordinador), *Derecho de Daños*, Edit. Sepin, Las Rozas, 2011, 443 y sigs.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., “Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad ex artículo 1902 CC”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, págs.. 281 y sigs.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *La Lesión Extracontractual del Crédito*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho Penal – Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 280 y sigs.

FONTES DA COSTA, M., “O dever pré-contratual de informação”, *Revista da FDUP – A.4* (2007), págs. 367-394 (sitio de Internet: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf>)

GALVÃO TELLES, I., *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 7.^a Edición, 1997, págs. 71-214

GARCÍA RUBIO, M. P., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1991

GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Privado*, 1962, Tomo XLVI, págs. 831 y sigs.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los Hechos en el Derecho – Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (537/2013). Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y *iura novit curia*. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Director), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Tomo VI (2013 y 2014), Dykinson, Madrid, 2016

GAZZANIGA, J. L., *Introduction historique au droit des obligations*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, págs. 213 y sigs.

GROTIUS, H., *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Tomo II (Traducción de BARBEYRAC, J.), Presses Universitaires de Caen, Caen, 1984, págs. 415 y sigs.

GOMES, J., “Sobre o dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo 2, Lisboa, 2005, págs. 9-47

GÓMEZ CALLE, E., “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, N.º 4, 1998, págs. 1732 y sigs.

GÓMEZ POMAR, F., “Daño Moral”, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2000 (en el sitio de Internet: http://www.indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf)

GÓMEZ POMAR, F., “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral. Comentario a la STS, 1ª, 8.4.2003”, *InDret 3/2003 - Revista para el Análisis del Derecho* (en el sitio de Internet: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/154_es.pdf)

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018, BIB\2018\10393

GULLÓN BALLESTEROS, A., “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, 1958, 2, págs. 111 y sigs.

HEREDERO, J. L., *La responsabilidad sin culpa – Responsabilidad objetiva*, Nauta, Barcelona, 1964, pág. 140

HERNÁNDEZ-GIL, A., “Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1943”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, págs. 343 y sigs.

HUALDE MANSO, T., *EL Transporte de Viajeros por Carretera. Régimen de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 142 y sigs.

IHERING, R., *Études complémentaires del’ esprit de Droit romain. De la faute en Droit privé*, Paris, 1880, págs. 10 y sigs.

INFANTE RUIZ, F. J., “La reforma del derecho de daños en Alemania”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 11, 2003, págs. 131 y sigs.

JORDANO FRAGA, F., *La Responsabilidad Contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 139 y sigs.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen Segundo – *Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2.ª Edición (Revisada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.), 1999, pág. 479

LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, Volumen I (Traducción y Notas de SANTOS BRIZ, J.), en Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Vols. 55-56, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 193

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Comentario al artículo 1887 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1941

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “Artículo 105 de la LCS. La modalidad de asistencia sanitaria suscrita determina, en caso de negligencia médica, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad dirigida frente al facultativo o clínica responsable”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2017, n.º 6, págs. 49 y sigs.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código Civil”, en ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pág. 44

LUNA YERGA, A., *La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria – Culpa y Causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, págs. 431-451

MANZANARES SECADES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 37, N.º 3, 1984, págs. 687-748

MANZANARES SECADES, A., “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38, n.º 4, 1985, págs. 979-1010

MARTÍN CASALS, M., y **SALVADOR CODERCH, P.**, “Comentario a la STS 18 abril 1989”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 21, págs. 751 y sigs.

MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1264 y sigs.

MARTÍN CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum – Ediciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pág. 55

MARTÍNEZ SARRIÓN, A., *Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 29 y sigs.

MAZEAUD, H., **MAZEAUD**, L. y **TUNC**, A., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Traducción de la 5.^a Edición por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, L.), Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1962-1977, págs. 32 y sigs.

MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, Año 2005, n.º 89, Mes 3, págs. 79-106

MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 325 y sigs.

MEDINA ALCOZ, L., “La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 825 y sigs.

MEIRA LOURENÇO, P., *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 17-18

MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 24-43

MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Obrigações*, 2.º Volumen, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1986 (Reimpresión de la Ed. de 1980), págs. 258 y sigs.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro I – *Parte Geral*, Tomo I – *Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 331 y sigs.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II – *Direito das Obrigações*, Tomo III – *Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 288 y sigs.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, Libro II – *Direito das Obrigações*, Tomo IV – *Cumprimento e Não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 77 y sigs.

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil*, Volumen I – *Introdução, Fontes de Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral*, Almedina, Coimbra, 4.ª Edición, 2012, págs. 979-981

MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil*, Volumen II – *Parte Geral, Negócio Jurídico: Formação, Conteúdo e Interpretação, Vícios da Vontade, Ineficácia e Invalidades*, Almedina, Coimbra, 4.ª Edición, 2014, págs. 237 y sigs.

MENEZES LEITÃO, L. M., *Direito das Obrigações*, Volumen I – *Introdução, da Constituição das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 9.ª Edición, 2010, págs. 51 y sigs.

MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, págs. 50 y sigs.

MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.5.º”, en **QUINTERO OLIVARES**, G. (Director) y **MORALES PRATS**, F. (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, págs. 171 y sigs.

MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.6.º”, en **QUINTERO OLIVARES**, G. (Director) y **MORALES PRATS**, F. (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, pág. 188

MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.7.º”, en **QUINTERO OLIVARES**, G. (Director) y **MORALES PRATS**, F. (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, págs. 192-203

MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato cuarenta años después”, en **IGLESIAS PRADA**, J. L., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV - *Derecho civil y Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4979-4993

MOTA PINTO, P., *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Edit. Coimbra, Coimbra, 2009, Nota a pie de pág. 1103

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil por los Danos Causados por un Miembro Indeterminado de un Grupo*, Dykinson, Madrid, 2005

PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Prescripción extintiva; plazo de prescripción”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 4, 1984, págs. 1257 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (contrato de transporte). Congruencia y principio *iura novit curia*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 5, 1984, págs. 1645 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (contrato de arrendamiento de cosas)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 6, 1984, págs. 1869 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Accidente de trabajo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 8, 1985, págs. 2609 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, Vol. II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1561 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, N.º 3, 1991, págs. 1019 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al Art. 1902”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1971 y sigs.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de Administraciones Públicas)”, en *ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (A.F.D.U.A.M.)*, *La responsabilidad en el Derecho*, N.º 4, 2000, págs. 167 y sigs.

PARRA LUCÁN, M. A., “Suelos contaminados: la responsabilidad civil del causante de la contaminación”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2011, n.º 3, págs. 6 y sigs.

PARRA LUCÁN, M. A., “Responsabilidad de profesionales del Derecho”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 440 y sigs.

PASCUAL ESTEVILL, L., “La Responsabilidad Contractual y la Extracontractual, Aquiliana o Delictual”, *La Ley*, Núm. 4, Año 1991, Madrid, pág. 1166

PEÑA LÓPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, págs. 197 y sigs.

PÉREZ CONESA, C., “Responsabilidad civil por suicidio de paciente ingresada en clínica psiquiátrica. «Dies a quo» del plazo de prescripción”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2018, BIB\2018\5950 (en el sitio de Internet: https://proview-thomsonreuters-com.ezproxy.usal.es/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F129726181%2Fv20180002.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc4190000001432f00b48d738991c8#eid=9f08b2afd29be8d4e2ef86c80da507d9&sl=e&eat=BIB_2018_5950&pg=&psl=&nvgS=false)

PÉREZ GARCÍA, M. J., *La Protección Aquiliana del Derecho de Crédito*, Edit. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005

PESSOA JORGE, F., *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1968, págs. 40 y sigs.

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

PESSOA JORGE, F., *Lições de Direito das Obrigações*, 1.º Volumen, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1975/76, págs. 496-503

PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y Derecho de danos*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 88 y sigs.

PLANIOL, M., y **RIPERT**, G., “Traité pratique de droit civil français”, Tomo VI: Obligations, 2.ª parte, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1954, 2.ª Ed., pág. 660

PUFENDORF, S., *Le Droit de la Nature et des Gens*, Tomo I (Traducción de BARBEYRAC, J.), Presses Universitaires de Caen, Caen, 1987, págs. 68 y sigs.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 3, Edit. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 133

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo IV – Contratos, Ediciones Pirámide, Madrid, 3.ª Edición, 1976, pág. 429

QUINTANA CARLO, I., *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, págs. 107-108

QUINTERO OLIVARES, G., “Comentario al art. 118”, en **QUINTERO OLIVARES**, G. (Director) y **MORALES PRATS**, F. (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, págs. 585-586

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio Legislativo y Jurisprudencial de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 546

REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coordinador), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 71

REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 66 y sigs.

REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, Volumen V, Coimbra Editora, Coimbra, 3.^a Edición, 2012, págs. 52-143

RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Volumen I, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 130-452

RIBEIRO DE FARIA, J., *Direito das Obrigações*, Volumen II, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 2

ROCA TRÍAS, E., “La responsabilidad civil en el Derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coordinador), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 533-566

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 98

ROGEL VIDE, C., *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 92

ROGEL VIDE, C., “Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la

jurisprudencia en la mano”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999/5, pág. 596

ROMANO MARTÍNEZ, P., *Direito das Obrigações – Apontamentos*, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 3.ª Edición, 2010/2011, págs. 69-74

ROXIN, C., *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, *Fundamentos – La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2.ª Edición alemana de LUZÓN PEÑA, D. M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, J., Thomson Civitas, Elcano, 2006, págs. 379-384

RUBIO GARCÍA-MINA, J., *La responsabilidad civil de empresario*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971, págs. 40-49

RUDA GONZÁLEZ, A., “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2003, págs. 15-16 (en el sitio de Internet: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/147_es.pdf)

SALVADOR CODERCH, P., “Punitive Damages”, en *ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (A.F.D.U.A.M.)*, *La responsabilidad en el Derecho*, N.º 4, 2000, págs. 139 y sigs.

SALVADOR CODERCH, P. y **FERNÁNDEZ CRENDE, A.**, “Causalidad y responsabilidad”, 3.ª Edición, *InDret 1/2006 – Revista para el Análisis del Derecho*, 329, Barcelona, Enero 2006 (en el sitio de Internet: http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf)

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, págs. 43 y sigs.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., “La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, págs. 965 y sigs.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho de Daños*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Volumen 36, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, págs. 13-322

SANTOS BRIZ, J., *Derecho de la Circulación – Estudios*, Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 196

SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil - Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 4.^a Edición, 1986, págs. 25-510

SANTOS BRIZ, J., “Comentario al art. 1101”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coordinador), *Comentario del Código Civil*, Tomo 6 (Arts. 1.088 al 1.314), Editorial Bosch, Barcelona, 2000, págs. 92-95

SANTOS JÚNIOR, E., *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, colec. Teses, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 179-247

SANTOS JÚNIOR, E., *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, Ed. de Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2010, págs. 277-322

SCHMIDT, J. P., “Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los rollos de linóleo”, *Revista de Derecho Privado* n.º 24, Jan./June 2013, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (sitio de Internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n24/n24a13.pdf>)

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La Relación de Servicios del Abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 172-174

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 243

SERRA RODRÍGUEZ, A., “Sobre la identificación y valoración del daño en la responsabilidad civil de procuradores y abogados. Comentario a la STS de 28 de julio de 2003”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2004, núm. 13, págs. 285-291

SOTO NIETO, F., “La llamada compensación de culpas”, *Revista de Derecho Privado*, 1968, págs. 409 y sigs.

SOTO NIETO, F., “Adaptación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario”, *La Ley*, núm. 1594, 1986, pág. 3

SOUSA, M. J. y SALES BAPTISTA, C., *Como Fazer Investigação, Dissertações, Teses e Relatórios – Segundo Bolonha*, Edit. Pactor, Lisboa, 4.ª Edición, 2011, págs. 52-89

TALAMANCA, M., “Colpa civile (diritto romano e intermedio)”, *ED 7* (1960), págs. 517-534

TALAMANCA, M., *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, págs. 615 y sigs.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Comentario al art. 20.4.º”, en **QUINTERO OLIVARES, G.** (Director) y **MORALES PRATS, F.** (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2.ª Edición, 2001, págs. 165-167

TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y Extracontractual (Derecho Procesal)”, en **CAVANILLAS MÚGICA, S.** y **TAPIA FERNÁNDEZ, I.**, *La Concurrencia de Responsabilidad Contractual y*

Extracontractual. Tratamiento Sustantivo y Procesal, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 209 y sigs.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, págs. 115 y sigs.

TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”, en *Estudios sobre delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, Valencia, 1975, pág. 390

TORRES LANA, J. A., “Comentario al artículo 1587 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1174

TRIGO REPRESAS, F. A., “Unificación de la Responsabilidad por Daños”, en TRIGO REPRESAS, F. A. y STIGLITZ, R. (Directores), *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 76-81

TUNC, A., *La Responsabilité Civile*, Edit. Economica, Paris, 1989, págs. 41 y sigs.

VALÉS DUQUE, P., “La Responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, 2006, págs. 713-748

VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Editorial Comares, Granada, 2005

VATTIER FUENZALIDA, C., “La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*,

HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO ÚNICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
PERSPECTIVA ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 845 y sigs.

VÁZQUEZ FERREYRA, R., *La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil*, Edit. Juris, Rosario, 1987

VICENTE DOMINGO, E., *Los Daños Corporales: Tipología y Valoración*, Boch, Barcelona, 1994, págs. 51-52

VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 318 y sigs.

VINEY, G., “Les obligations. La Responsabilité: conditions”, en GHESTIN, J. (Director), *Traité de Droit Civil*, Tomo IV, L.G.D.J., Paris, 1982, págs. 299 y sigs.

VINEY, G., “Introduction à la Responsabilité”, en GHESTIN, J. (Director), *Traité de Droit Civil*, L.G.D.J., Paris, 2008, págs. 10 y sigs.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal. Teoría general*, Editorial Reus, Madrid, 1989, pág. 86

YZQUIERDO TOLSADA, M., “La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 603, Año LXVII, Marzo – Abril, 1991, págs. 451-453

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Volumen I, Editorial Reus, Madrid, 1993

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Indemnización por la pérdida de una expectativa. Comentario de la S.T.S. (Sala 1.ª) de 10 octubre 1998”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999, págs. 533-542

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, págs. 92 y sigs.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Daños a los Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad y Propia Imagen)”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1366 y sigs.

YZQUIERDO TOLSADA, M., y **ARIAS MÁIZ, V.**, “Responsabilidad Civil por Daños a la Propiedad Intelectual”, en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coordinadores), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1638-1640

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil Extracontractual – Parte General: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Editorial Dykinson, Madrid, 2019, págs. 30 y sigs.

ZANNONI, E., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 73

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., y **ZARRALUQUI NAVARRO, E.**, *Las Reclamaciones de Daños entre Familiares – La responsabilidad civil en el ámbito familiar*, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 23