

InDret

La salut del dret de danys a Espanya

**Recensió a *Tratado de Responsabilidad Civil*,
coordinat per L. Fernando Reglero Campos,
Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, 1552 pàgs.**

Fernando Gómez Pomar

Facultat de Dret

Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm : 136

Barcelona, abril de 2003

www.indret.com

Sumari

1. Alguns factors de risc pel Dret de danys a Espanya

1.1 L'antiempirisme

1.2 El disseny d'eines teòriques per crear i aplicar regles de Dret de danys

1.3 La complexitat jurisdiccional i disciplinar i les seves conseqüències

1.4 Regles de responsabilitat i altres instruments per protegir drets i reparar danys

2. L'estructura i continguts essencials del *Tratado de Responsabilidad Civil*

2.1 La part general: un exercici de positivisme

2.2 La part especial: donar sentit a un mar de casos

El Dret de danys gaudeix de bona salut entre nosaltres. En realitat, de la millor salut de la nostra història, i el *Tratado de Responsabilidad Civil* coordinat pel Prof. Reglero és una excel·lent confirmació d'aquest estat. Fins fa ben pocs anys, i malgrat els esforços meritoris i aïllats de diversos civilistes il·lustres, el Dret de danys ocupava una posició menys que secundària en el món dels interessos dels juristes de Dret privat i, per descomptat, en la formació de la immensa majoria dels llicenciats en Dret de les universitats espanyoles. Vivia una profunda letargia acadèmica malgrat l'esperonament periòdic d'alguns estudiosos devots de la matèria. El seu rang com a espai del Dret privat, tot i la rellevància social i la repercussió jurisprudencial dels problemes que envolten els accidents i els danys, era el d'una notòria subordinació en comparació amb d'altres.

En els darrers anys, la situació ha canviat de forma ostensible¹. Només per fer a mans algunes indicacions: des de mitjans dels anys noranta proliferen els manuals dedicats al Dret de danys², el nombre de monografies dedicades a qüestions de Dret de danys creix exponencialment, neixen revistes dedicades en exclusiva –o gairebé– a la matèria, augmenta la implantació docent de cursos de Dret de danys, que es consoliden fermament en els plans d'estudi de les Facultats de Dret. També fora de l'àmbit estricte del Dret civil, on durant decennis s'havia arrecerat la dedicació intel·lectual al Dret de danys, existeix una expansió sense precedents pel que fa a l'interès i a la rellevància de les qüestions relatives als danys, a la seva reparació i a la seva prevenció.

El *Tratado de Responsabilidad Civil*, obra col·lectiva resultat de l'esforç d'un grup de joves Catedràtics i Professors Titulars (tots ells de Dret civil, i tots ells amb una llarga i valuosa experiència en el tractament de diverses qüestions del Dret de danys) coordinat pel Prof. Reglero, representa sens dubte una de les millors i més completes mostres d'aquesta notable transformació de la situació del Dret de danys a Espanya. Revela, en altres paraules, la solidesa d'allò que s'ha aconseguit en els últims anys en aquest àmbit de l'anàlisi del sistema jurídic.

Aquesta bona salut, tanmateix, no protegeix del tot contra els riscos d'estancament, ni garanteix totalment una ràpida i eficaç capacitat de resposta als desafiaments que els sistemes jurídics afronten, i hauran d'afrontar, pel que fa als accidents i als danys. Hi ha diversos factors, institucionals i intel·lectuals, que duen a pensar que la salut del Dret de danys a Espanya no ens posa completament fora de perill de revessos i entrebancs en el futur. Cal esmentar i analitzar molts d'aquests factors en relació amb el *Tratado de Responsabilidad Civil*, perquè n'hi ha traces i mostres d'alguns a les seves pàgines. A aquests factors dedicaré, per tant, les primeres pàgines d'aquesta recensió, per a després presentar els elements estructurals essencials de l'obra coordinada pel Prof. Reglero.

¹ Prego no ser mal interpretat. No tinc cap dubte de què els fruits recollits a partir de la segona meitat dels anys noranta procedeixen en bona mesura de la sembra feta a la segona meitat dels vuitanta i als primers anys dels noranta. Allò que m'interessa destacar no és tant la gènesi del canvi, sinó les diferències amb la situació present.

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

1. *Alguns factors de risc pel Dret de danys a Espanya*

Ningú no pot dubtar, i l'extens i complet tractament que a l'efecte es conté en el Tractat en dona exemple, de què el Dret de danys és, abans que res, Dret jurisprudencial. I no per casualitat això és el que ocorre a tots els sistemes jurídics. No només en els de tradició de dret judicial, sinó també en aquells que opten habitualment per atorgar un pes primordial al dret legislat pel que fa al tractament jurídic de la realitat d'altres branques del Dret privat. Potser per aquesta falta de costum, a Espanya (i a altres països europeus) hi ha el risc de caure en una doble temptació.

Per una banda, no anar més enllà del tractament periodístic o reporter del Dret de danys, això és, de la pura descripció anecdòtica dels fets corresponents als distints casos i tipus de casos, així com de les decisions adoptades pels múltiples òrgans judicials que se n'ocupen. Per una altra, enfrontar-se al Dret de danys jurisprudencial de la mateixa forma amb què un s'enfronta habitualment al Dret legislat, això és, amb l'enfocament conceptualista-descriptiu (o si es vol dogmatico-positivista) que preval a altres sectors del Dret privat.

1.1 *L'antiempirisme*

La comprensió d'un sector del sistema jurídic essencialment judicial requereix una atenció permanent a la realitat³ als aspectes fàctics presents en els distints sectors d'activitat generadora de danys, a les circumstàncies de fet dels casos individuals, als components observables i mesurables de les respostes judicials i a la magnitud real de les variables rellevants que estan en joc en els distints sectors del Dret de danys. No és tolerable (encara que, per desgràcia, sigui així) que només les companyies d'assegurances i alguns funcionaris públics s'interessin i coneguin les dades sobre el funcionament real del Dret de danys a Espanya⁴. No es pot descriure un sistema, ni tampoc millorar-lo o reformar-lo, sense conèixer les dades reals sobre el seu funcionament. Aquesta falta d'inclinació empírica, molt comuna en tots els juristes, és lamentable particularment, al meu parer, en l'àmbit del Dret de danys. I ho és més quan a altres països la quantitat i la qualitat de la informació empírica sobre el Dret de danys, i la quantitat i rellevància de les anàlisis que en treuen profit, no fa sinó créixer de manera espectacular. A la bibliografia espanyola recent en la matèria, ja bastant nodrida, falten, per contra, indicacions abundants⁵ d'un

³ Òbviament, no només en aquests sectors. Però en aquells que estan fortament regulats per dret legal o reglamentari, el jurista pot deferir tal vegada en certa mesura, sense incórrer en una negligència greu, una part dels aspectes empírics a les Administracions creadores mediate o immediates de les normes.

⁴ Puc relatar l'anècdota perquè no és meu el mèrit de la iniciativa: a instàncies del *Institute for Civil Justice* de la *Rand Corporation* (un *think-tank* nordamericà), que actualment realitza un estudi sobre sistemes de compensació per a víctimes de delictes (de terrorisme i d'altres), he sol·licitat les dades sobre el nombre de casos, terminis de resolució d'expedients, tipus de lesions, percentatge d'èxit de les sol·licituds, quantitats globals concedides i altres variables d'interès als Ministeris de Justícia i d'Hisenda. Telefònicament els responsables dels òrgans administratius corresponents m'han confirmat que mai no han rebut una consulta similar.

⁵ Constitueixen excepcions a la regla les obres de dos joves professors: Jesús Pintos, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas (2000) i Joan Carles Seuba, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y la hepatitis*, Civitas (2002), en què la preocupació per la realitat dels fets

canvi d'orientació en una línia de major preocupació empírica. En aquest sentit, el *Tratado de Responsabilidad Civil*, que està en condicions d'exercir un influx notable en el rumb immediat del tractament acadèmic d'aquest sector, és un reflex fidel de l'actitud predominant en el panorama actual dels juristes espanyols que s'ocupen del Dret de danys: l'assenyalada de distanciament de les dades reals sobre el seu funcionament global o sectorial⁶.

1.2 *El disseny d'eines teòriques per crear i aplicar regles de Dret de danys*

Però no n'hi ha prou amb l'empirisme. La preocupació pel funcionament real de la responsabilitat civil, per poder guiar la política jurídica en la matèria, precisa d'un enquadrament en una carcassa analítica coherent. No és suficient amb l'interès per les dades i per les circumstàncies de fet, cal poder saber quines dades i quines circumstàncies de fet són rellevants, i per a això cal disposar d'un conjunt d'eines teòriques. El contingut de la caixa d'eines, no obstant això, ha d'adaptar-se a l'àmbit en què s'ha d'utilitzar, en aquest cas un àmbit de Dret judicial. Les eines dissenyades per al Dret legislat valen aquí de poc: de què serveix esbrinar la voluntat del legislador? ; per a què valen la història dels preceptes i els conceptes dogmàtics immutables en un context com el dels accidents? Potser aquest utilitatge pot valer (encara que tampoc no ho crec, tot sigui dit) per a oferir una explicació sistemàtica d'un extens i elaborat conjunt de normes escrites, moltes d'elles, si més no, d'origen històric remot. Però en el Dret de danys l'escenari és ben diferent. Aquí es tracta de perfilar i aplicar unes poques regles i principis amb un alt grau de vaguetat i generalitat (negligència, responsabilitat sense culpa, reparació integral del dany, per exemple) en diferents sectors de danys a la vida social. A aquests efectes, el que es necessita no és la importació, acompanyada de res més que de la lògica elemental i del raonament analògic, d'un catàleg de conceptes tinguts per imperibles i encunyats a altres sectors del sistema jurídic –el que és l'aproximació jurídica tradicional–. El que fa falta és un conjunt d'instruments que permetin entendre la natura i l'abast de les conseqüències que previsiblement resultaran de les diferents opcions que els Tribunals tenen al davant per a decidir sobre un cas.

Pel que fa als punts de partida per a la comprensió del Dret de danys, avui en dia predomina entre nosaltres l'agnosticisme i, en menor mesura, l'eclecticisme. Sembla imposar-se la idea que el Dret de danys es pot analitzar sense pressupòsits ni opcions metodològiques explícites, que les funcions o objectius que persegueix o ha de perseguir el sistema jurídic en relació amb els accidents i amb els danys no afecten en realitat ni l'anàlisi positiva ni la de política jurídica. En els darrers anys hi ha hagut a Espanya una certa atracció en alguns sectors (l'estructurat a l'entorn d'InDret, prioritàriament) per aproximacions econòmiques i conseqüencialistes al Dret de danys, d'origen innegablement nordamericà; hi ha hagut una receptivitat molt escassa, ni tan sols nominal, a enfocaments, també de procedència nordamericana, de tipus moralista (la justícia

en dos sectors distints del Dret espanyol de danys conforma un dels pressupòsits i impulsos essencials de la investigació.

⁶ Per exemple, no hi apareix cap referència al millor, més complet i més assequible compendi d'informació sobre la realitat empírica del Dret de danys, que és el llibre de Don Dewees, David Duff i Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press (1996).

distributiva com a principi organitzador del Dret de danys); l'impacte més accentuat, tot i no passar de ser episòdic, excepte en alguns casos de nota, ha estat el de la dogmàtica alemanya del *Deliktsrecht*, amb el seu sabor antirrealista i anticonseqüencialista, però també marcadament antimoralista.

Juntament amb alguna referència, suaument crítica, a l'anàlisi econòmica de la responsabilitat civil, en el *Tratado de Responsabilidad Civil* trobem certs ressons de la influència alemanya, sobretot en alguns dels capítols de la part especial. En conjunt, tanmateix, l'obra reflecteix fidelment la posició agnòstica, majoritària a Espanya, quant a l'enfocament teòric desitjable en matèria de Dret de danys⁷. Reconec que pot haver-hi raons de prudència (i fins i tot de coherència entre els diversos autors, en tractar-se d'una obra col·lectiva) que aconsellen una actitud continguda en matèria metodològica. Però la veritat és que tinc certs dubtes sobre l'aptitud de l'anàlisi jurídica acadèmica sobre el Dret de danys, cas de continuar majoritàriament instal·lat en l'actual agnosticisme metodològic, per a oferir, de forma significativa, instruments útils als Tribunals i a la resta d'operadors jurídics per a la definició i a l'aplicació de regles en la matèria. El risc d'anar de remolc de solucions jurisprudencials i de polítiques públiques determinades –ambdues massa condicionades per la immediatesa– és molt elevat. El comparatisme que sembla guanyar adeptes entre nosaltres, també en el Dret de danys, si bé és globalment positiu, serà més aviat un pal·liatiu i no un substitutiú perfecte de les apostes d'enfocament més arriscades, però també rigoroses (i estimulants).

1.3 La complexitat jurisdiccional i disciplinar i les seves conseqüències

Està força estesa (tot i que no per això és menys certa i oportuna) la denúncia a l'artificial i perniciosa multiplicitat de jurisdiccions i de regulacions substantives arbitràriament i intencionadament diferents que caracteritza el Dret espanyol de danys⁸. Aquesta fragmentació jurisdiccional i normativa, a banda de causar seriosos problemes d'orientació als demandants de reparació dels danys soferts, i de derivar en excés l'interès dels nostres tribunals cap a qüestions d'escàs abast general, com les de jurisdicció competent, té un altre efecte col·lateral potser més important a llarg termini. Ha provocat (o potser simplement ha accentuat) una inquietant incomunicació entre els enfocaments disciplinars més estretament relacionats amb les respectives jurisdiccions i regulacions.

Així, la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques s'assumeix amb naturalitat pels administrativistes espanyols com una tasca i un espai reservats als iuspublicistas, pròxim als altres àmbits del Dret administratiu i només llunyanament connectat amb altres sectors d'accidents i danys. Pot ser que això no estigui del tot desproveït de raó pel que fa a certes constel·lacions de casos de responsabilitat patrimonial, com els de regulació expropiatòria o

⁷ Aquesta posició no és exclusiva dels juristes espanyols. També a França o a Itàlia sembla dominar l'agnosticisme.

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

quasi-expropiatòria⁹, però és radicalment fals en relació a la majoria dels casos que inunden els tribunals contenciós-administratius: no hi ha res més semblant a un accident en un centre escolar públic que un accident en un de privat; o la responsabilitat derivada dels danys produïts per un policia que dispara la seva arma és molt semblant a la derivada dels causats per un vigilant de seguretat privada que fa el mateix. L'enfocament teòric per entendre i resoldre ambdues classes de casos hauria de ser, almenys presumptament, idèntic.

Passa el mateix amb els accidents de treball i els especialistes de Dret del treball: la diferència jurisdiccional que hi ha i la diferència (parcial, probablement) de règim normatiu fan oblidar que s'està davant d'un dels sectors fonamentals del Dret de danys, amb moltes coses (tot i que no totes) en comú amb els altres (automòbils, producte, etc.), i en canvi fan pensar als laboralistes (i a no pocs civilistes també) que aquest sector dels accidents no és res més que un altre aspecte de la relació de treball entre empresaris i treballadors i del règim protector de la seguretat social.

Tot i que només fos per simple interès gremial, és clar que són els civilistes els cridats a abanderar la unitat del Dret de danys i a posar remei a aquest lamentable estat de fragmentació. El *Tratado de Responsabilidad Civil* suposa un important esforç d'integració de tots els sectors del Dret de danys sota un tractament unitari. La inclusió d'extensos capítols sobre responsabilitat civil en el procés penal, sobre accidents de treball i responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques és una prova concloent d'aquesta voluntat.

La integració sota l'enfocament comú que ofereix el *Tratado de Responsabilidad Civil*, tot i que apreciable, no aconsegueix ser completa. La part general, que cobreix gairebé la meitat de l'extensa obra, continua sent substancialment una part general dels sectors tradicionalment "civils" del Dret de danys i, justament per això, la seva capacitat d'incidir sobre aquests sectors pretesament diferenciats queda apreciablement minvada. A la part general, no són objecte d'atenció detallada qüestions bàsiques molt rellevants pels accidents de treball o la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques: *collateral source rule* (en el breu tractament general de la qual s'omet substancialment la posició, discrepant de la de la sala civil, de les sales laboral i contenciós-administrativa del Tribunal Suprem), les actuacions administratives amb poder públic enfront de les materialment privades, la imputació objectiva en l'omissió i l'abast dels deures de precaució i protecció de qui pot estar en posició de garant, etc. Algunes d'aquestes qüestions sí que són abordades en els capítols específics sobre accidents de treball o responsabilitat patrimonial, però en aquests necessàriament es perceben com a problemes idiosincràtics, i no com a elements de pes en el conjunt del Dret de danys i, fins i tot, delimitadors del que és el seu abast general. En la mateixa línia, la construcció de la teoria general de la responsabilitat per fet aliè es fa exclusivament sobre la base de l'art. 1903 CC, relegant l'àmbit més rellevant, socialment i conceptualment, que és el de la responsabilitat

⁹ Per exemple, els casos resolts per la sala 3a en matèria de liberalització dels serveis funeraris: STS 14.2.2002 (Ar. 1678); STS 14.3.2002 (Ar. 3004); STS 3.4.2002 (Ar. 3601); STS 4.4.2002 (Ar. 3349); STS 11.4.2002 (Ar. 3464); STS 12.4.2002 (Ar. 3466); STS 13.4.2002 (Ar. 3957); STS 18.4.2002 (Ar. 3423); STS 20.4.2002 (Ar. 4424); STS 27.4.2002 (Ar. 4255); STS 7.5.2002 (Ar. 4425). Igualment, les que resolen les reclamacions dels agents de duanes: STS 15.10.2001 (Ar. 10085); STS 1.7.1999 (Ar. 6711); STS 15.7.1999 (Ar. 7153); STS 15.7.1999 (Ar. 7479); STS 17.7.1999 (Ar. 6547); STS 24.7.1999 (Ar. 6554).

patrimonial de les Administracions Públiques pels fets comesos pels seus agents¹⁰. Tot i això, en altres casos el tractament de la doctrina jurisprudencial civil, contenciós-administrativa i social està essencialment unificat, com en el cas de la força major, que permet construir basant-se en criteris ben perfilats d'aplicació de la noció, vàlids per tot el camp del Dret de danys.

1.4 Regles de responsabilitat i altres instruments per a protegir drets i reparar danys

Pocs autors dubten que les regles de responsabilitat són l'instrument més característic i comú dins l'arsenal amb què compta el Dret de danys per aconseguir els seus objectius. Però no es pot entendre assenyadament el Dret de danys com si fos una simple definició de pressupòsits d'aplicació i de conseqüències jurídiques de regles de responsabilitat. El Dret de danys té altres mecanismes per enfrontar-se als problemes derivats de la causació de danys en la vida social, i en el sistema jurídic hi ha també altres instruments d'actuació que incideixen directament en aquests problemes. En això, com en moltes altres coses, les postures unilateralistes i aïllacionistes no són les més recomanables.

En la majoria de les societats desenvolupades el gruix dels danys no es repara per mitjà d'indemnitzacions que resulten de l'aplicació de regles de responsabilitat. Hi ha mecanismes privats (el mercat d'assegurances) i públics (seguretat social, esquemes d'ajuda a víctimes d'infortunis de diferent tipus) diferents del Dret de danys que carreguen amb el pes més important de la compensació a les víctimes. En relació als incentius a l'adopció de mesures que redueixin la probabilitat o la magnitud dels danys accidentals, les alternatives són igualment evidents: la panòpia d'instruments administratius –regulació pública de seguretat, sancions administratives, incentius i correctius fiscals- i, potser en menor mesura, penals, exerceixen un paper fonamental a efectes preventius.

A més, en relació a la tutela de drets o situacions jurídiques subjectives, en el Dret de danys trobem altres regles a banda de les de responsabilitat: regles de cessació de l'activitat danyosa en curs, regles d'abstenció de l'activitat danyosa futura¹¹, regles d'expropiació dels beneficis obtinguts mitjançant l'activitat danyosa¹².

¹⁰ Per a una perspectiva exactament oposada (i més fecunda teòricament i pràctica) vegeu Pablo Salvador i altres, "Respondeat Superior I", *InDret 2/2002*.

¹¹ Per exemple, art. 9 de la Llei Orgànica 1/82, de 5 de maig, de Protecció Civil de l' Honor, Intimitat Personal i Familiar i Pròpia Imatge; art. 139 de la Llei de Propietat Intel·lectual, Text refós aprovat per Real Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril; art. 63 de la Llei 11/1986, de 20 de març, de Patents; art. 41 de la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de Marques. En un altre context, arts. 1 i següents de la Llei catalana 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immisions, les servituds i les relacions de veïnatge. La cessació i l'abstenció, juntament amb les sancions penals i administratives, són les conseqüències jurídiques pròpies de les anomenades a l'anàlisi econòmica del dret "regles de propietat": Guido Calabresi i A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* (1972), p. 1089 (hi ha una traducció espanyola de Pedro del Olmo en *ADC* (1997), p. 187 i ss.). Aquesta distinció bàsica entre regles de propietat i de responsabilitat ha originat una nombrosa literatura, dins i fora de l'anàlisi econòmica.

¹² Per exemple, art. 9 de la Llei Orgànica 1/82, de 5 de maig, de Protecció Civil de l' Honor, Intimitat Personal i Familiar i Pròpia Imatge; art. 66.1.b) de la Llei 11/1986, de 20 de març, de Patents; art. 43.2.b) de la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de Marques. Sobre la relació entre l'expropiació de beneficis i la indemnització del dany

Algunes de les qüestions relatives a o afectades per la relació entre les indemnitzacions que resulten de regles de responsabilitat i aquest conjunt ampli i heterogeni d'instruments alternatius o complementaris apareixen més o menys explícitament en diferents capítols del *Tratado de Responsabilidad Civil* (assegurança de responsabilitat civil, danys als drets de la personalitat, accidents de treball). Però el tractament és parcial i no unitari per a aquestes manifestacions problemàtiques de la posició sistemàtica de la responsabilitat civil entre els instruments jurídics del Dret de danys i entre els instruments jurídics que un sistema legal té a la seva disposició per afrontar els problemes dels accidents i dels danys. És cert que la teoria general de la responsabilitat en el marc dels instruments jurídics està en certa mesura encara en procés d'elaboració (o, almenys, d'afinament). Però ja sabem prou sobre la matèria¹³ com per a presentar un bon nombre de resultats, compartibles àmpliament, quant a les potencialitats, límits, avantatges i desavantatges comparatius, incompatibilitats i complementarietats de les regles de responsabilitat en el conjunt dels instruments jurídics.

2. L'estructura i continguts essencials del *Tratado de Responsabilidad Civil*

Perfectament en línia amb els millors tractats alemanys de *Deliktsrecht* nordamericans sobre el *Law of Torts*¹⁴, el Tractat conté, amb caràcter separat, una part general dedicada a examinar els pressupòsits comuns en els diferents àmbits d'aplicació de les regles de responsabilitat i una part especial on s'analitzen les particularitats i les regles pròpies de determinats sectors de danys definits per l'existència de normativa legal específica per a cadascun.

Dins de la part general s'examinen alguns elements generals de la responsabilitat civil (funcions, aspectes constitucionals, relació amb la responsabilitat contractual i el paper –sobretot processal– dels interessos col·lectius en el Dret de danys). A més, la dualitat responsabilitat per culpa-responsabilitat objectiva; el concepte, classes i formes de valoració de danys, en especial els corporals; la causalitat i la imputació objectiva, inclosos els factors d'exoneració (força major, culpa exclusiva de la víctima) i minoració (concurrència de culpes) de la responsabilitat; els subjectes actiu i passiu de l'acció indemnizatòria, en particular en els casos de pluralitat, i la responsabilitat per fet aliè; la responsabilitat civil en el procés penal; els (molt seriosos a la pràctica) problemes de prescripció de l'acció de danys; finalment, el paper i el règim jurídic de l'assegurança de responsabilitat civil.

A la part especial es poden trobar capítols sobre els accidents de trànsit; responsabilitat civil mèdica; responsabilitat de pares i centres docents; honor, intimitat i pròpia imatge; productes

produït, des de el punt de vista econòmic, vegeu, Pablo Salvador i Fernando Gómez (editors), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Cívitas (2002).

¹³ La millor síntesi de la teoria sobre l'estructura i funció dels remeis jurídics a Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press (2003).

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

defectuosos; responsabilitat d'administradors de societats; animals; activitats de risc (esportives i taurines en particular); accidents de treball; responsabilitat patrimonial de les administracions. Com es pot comprovar, un catàleg pràcticament complet dels sectors rellevants en el Dret espanyol de danys, perquè potser només s'haurien pogut afegir a aquesta exhaustiva part especial els danys al mediambient i els que resulten de la construcció i l'edificació.

La simple enumeració de temes de la part general i d'àmbits de responsabilitat de la part especial mostra clarament la impossibilitat de tan sols intentar en una recensió cobrir amb un mínim de profunditat la varietat i la riquesa de continguts de l'obra. A les pàgines següents em limitaré a ressaltar alguns dels que constitueixen els meus principals acords i desacords amb les opcions fonamentals dels autors al llarg tant de la part general com de l'especial.

2.1 La part general: un exercici de positivisme

La part general es podria caracteritzar globalment (amb algunes excepcions que es faran aparents a continuació) com un intent de ser fidel al màxim al material legal i jurisprudencial espanyol en matèria de Dret de danys. Aquest propòsit té avantatges indubtables en termes de connexió fluida amb la part especial (on es concentra gran part d'aquest material normatiu i judicial) i d'immediatesa i comprensió de les aplicacions concretes. Però també presenta algunes contraindicacions, com ja s'intentà mostrar a l'anterior apartat 1.4. Sovint és impossible extreure per procediments merament inductius una teoria general satisfactòria a partir d'un material legal o jurisprudencial probablement imperfecte, imprecís i, en bona mesura fins i tot, incoherent. A més, si bé en ocasions la construcció d'una posició crítica enfront del material legal o judicial que existeix és possible sobre la base d'arguments de caràcter purament sistemàtic (és a dir, des d'una perspectiva interna al sistema en la qual regeixen les regles legals o jurisprudencials corresponents), com ocorre en el *Tratado de Responsabilidad Civil* amb les seccions relatives a la protecció constitucional de la reparació de danys, o la duplicitat normativa de la responsabilitat civil derivada del delictes, en d'altres àmbits la perspectiva interna no és suficient. Així, no és factible, crec, delimitar des de dins d'un determinat règim positiu (l'espanyol o qualsevol altre) les funcions del Dret de danys, perquè en això hi ha un inexcusable component de proposta normativa, de definició d'objectius i de mitjans jurídics per a obtenir-los¹⁵. És necessari, per exemple, partir d'una base teòrica, que ha de ser necessàriament externa a un sistema jurídic determinat, sobre la reacció dels destinataris de les normes als incentius que aquestes creen per entendre assenyadament la funció preventiva (d'incentiu de conducta) del Dret de danys i dels altres instruments jurídics relacionats amb els accidents i els danys.

Quelcom semblant ocorre amb la noció de dany, que és (o almenys així m'ho sembla a mi) marcadament prejurídica, i només amb les (escassíssimes) dades normatives i els (molt fragmentaris i incoherents) materials jurisprudencials en la matèria no és possible construir una teoria raonable i productiva del dany i de les seves modalitats bàsiques. La importació de nocions d'altres sistemes jurídics (bàsicament italianes i franceses, però el problema no és de

¹⁵ Sobre les funcions del Dret de Danys, vegeu a la doctrina espanyola, Pablo Salvador i Teresa Castiñeira, *Prevenir y castigar*, Marcial Pons (1997).

passaport) tampoc no permet solucionar la qüestió, perquè aquests sistemes pateixen com nosaltres la mateixa manca d'un fonament sòlid pel concepte de dany¹⁶.

Tampoc no crec que es pugui explicar la relació entre responsabilitat contractual i extracontractual amb una aproximació de caire positivista. El caràcter problemàtic d'aquesta relació no es deriva, simplement, de determinades incoherències o absurds de la normativa legal espanyola (en matèria de terminis de prescripció, o de jurisdicció competent, per exemple), ni se soluciona amb l'harmonització de règims, ni tan sols amb la construcció de criteris de delimitació raonablement practicables. Comprendre i explicar (cosa que no és fàcil per ella mateixa) els elements de distinció apreciables a la jurisprudència espanyola sobre la matèria és, sens dubte, una tasca ineludible per entendre la situació actual. Tot i això, crec que no es pot obviar la necessitat de tornar a elaborar pel sistema jurídic espanyol una teoria veritable de la responsabilitat extracontractual independent de la contractual, perquè ambdues es desenvolupen essencialment en espais diferents: el món del contracte és aquell que consisteix en la satisfacció de les preferències dels contractants mitjançant l'acord de voluntats que millora per definició—en el moment de celebrar-se, no necessàriament en el del compliment i incompliment— el benestar conjunt dels contractants; el món del Dret de danys és substancialment el de les interaccions involuntàries que redueixen el benestar d'algun o de tots els subjectes involucrats. Per descomptat, hi ha elements comuns gens menyspreables —encara que potser més en qüestions d'aplicació i de liquidació que no en les de disseny bàsic— i hi ha importants sectors de la realitat social (accidents de treball, productes, metges) en els quals es combinen elements clars de voluntarietat en la relació amb els d'interacció negativa no desitjada. Això fa necessari comptar amb certs criteris de delimitació diferents dels subministrats directament pel propi règim legal (per exemple, en matèria de productes defectuosos ja existeix un repartiment clar d'esferes d'aplicació entre la responsabilitat contractual i l'extracontractual) i, potser, amb certa combinació de règims, però no permet obviar, crec, la idea central: la qüestió és essencialment de naturalesa teòrica i, a més a més, té un gran abast, i no merament de superació interpretativa de discrepàncies de règims positius.

Una cosa semblant succeeix amb la dualitat responsabilitat per culpa-responsabilitat objectiva. Encara que sigui evident la base de dret positiu que a Espanya (igual que als restants sistemes jurídics) té aquesta distinció, és clar que la qüestió no s'esgota amb la descripció dels respectius àmbits d'aplicació de les dues regles i amb les diferències dels pressupòsits de la responsabilitat de cadascuna. Es necessita alguna teoria explicativa dels motius de la distinció, percebuda generalment com a fonamental per gairebé tothom (potser amb un punt d'exageració pel que fa a la seva importància, perquè els seus elements comuns resten així massa enfosquits). Aquesta explicació s'intenta trobar entre nosaltres —també pel Tribunal Suprem— essencialment en la idea del risc d'empresa i en el necessari, i exigit en termes de justícia commutativa, equilibri entre beneficis i responsabilitats a les activitats empresarials. Tinc grans dubtes de què aquesta via sigui la més productiva per apreciar les veritables relacions entre responsabilitat per culpa i responsabilitat objectiva, si bé pot tenir un valor descriptiu d'una actitud —més aviat equivocada, al meu parer— compartida per Tribunals de diferents països europeus, inclòs el nostre, durant la

¹⁶ Per a la distinció bàsica entre el dany patrimonial i no patrimonial, vegeu Fernando Gómez, "Daño moral", *InDret* 1/1999.

major part del segle precedent. Crec que hi ha factors, com els referits a les diferents variables que poden integrar-se a l'estàndard de diligència exigible, com la perillositat d'una activitat entesa com el major o menor dany esperat actuant amb la precaució deguda, com el paper actiu o passiu de les víctimes potencials, que són més operatius que el poder econòmic o de mercat per donar significat a la dualitat culpa-responsabilitat objectiva, així com per ajustar adequadament les regles de responsabilitat que regeixin en un determinat sector de sinistralitat a la promoció del benestar social.

2.2 La part especial: donar sentit a un mar de casos

La tasca afrontada pels autors del *Tratado de Responsabilidad Civil* és, sense exageració, formidable. Donar compte, organitzar i donar sentit a un material legal i, sobretot, jurisprudencial, literalment ingent constitueix un exercici d'anàlisi jurídica extraordinàriament costós i difícil. El resultat és, sens dubte, globalment positiu.

Quant als accidents de trànsit, primer sector de sinistralitat greu a Espanya, s'analitzen minuciosament i detingudament les regles legals de responsabilitat de la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança a la Circulació de Vehicles a Motor, el paper fonamental de l'assegurança obligatòria de responsabilitat civil i el seu àmbit de cobertura, els aspectes processals particulars de la reclamació de danys per accidents de trànsit i, per últim, lògicament, la valoració de danys i la particularitat, única en el món, del barem vinculant pels Tribunals en la determinació de les indemnitzacions per danys, qüestió que ja havia estat examinada a la part general quan es tracta la rellevància constitucional del Dret de danys i de la STC 181/2000, de 29 de juny¹⁷.

Pel que fa a l'àmbit de la responsabilitat mèdica, un dels quals se susciten davant dels Tribunals espanyols amb més freqüència i dramatisme, l'anàlisi dels casos s'organitza entorn d'una certa distinció entre responsabilitat individual del metge (regida per regles de culpa, tant si s'apliquen les regles del Codi civil com les de la responsabilitat civil derivada de delictes del Codi penal) i responsabilitat de l'organització que presta els serveis mèdics, que seria, almenys en teoria, objectiva, tant en l'àmbit de la provisió pública (responsabilitat patrimonial dels serveis públics de salut) com de la privada (responsabilitat per servei defectuós *ex art. 28* de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris). Qüestions clarament problemàtiques entre nosaltres, com la competència de jurisdicció, l'aplicació de normes contractuals i/o extracontractuals i la responsabilitat de les asseguradores d'assistència sanitària són convenientment examinades.

En l'àmbit de la responsabilitat dels pares i centres docents, s'examina en detall la confluència del règim del Codi civil amb el de la Llei Orgànica de Responsabilitat Penal dels Menors i, en menor mesura (arts. 118 i 120) el del Codi penal. Això obliga a una tasca de selecció de supòsits de fet i d'esferes d'aplicació de les diferents normes que resulta, en conjunt, convincent. L'organització dels grups de casos en la responsabilitat dels centres docents resulta clara i il·lustrativa. Potser, la

¹⁷ En aquest àmbit hagués resultat útil una presentació més formal de la qüestió dels desavantatges de la variabilitat indemnitzatòria i les seves alternatives de correcció, sobretot quan a la literatura espanyola ja n'hi ha aportacions valuoses al respecte: Jesús Pintos, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Cívitas (2000)

posició de partida a l'anàlisi (la responsabilitat dels pares i dels centres docents, almenys dels privats, és, en tot cas i invariablement, una responsabilitat per culpa pròpia, si bé presumpta) resulta massa general i nítida. És plenament compartible en el cas dels centres docents (i no únicament dels privats: no té sentit tractar de forma diferent els casos en funció de l'entitat titular del centre, i així ho entén la jurisprudència de la Sala 1a quan ofereix el mateix tractament a ambdós centres), i a més a més plenament conforme amb l'actitud real dels Tribunals en relació amb aquesta responsabilitat. En el cas dels pares, però, sembla no poder explicar els motius de la duresa amb què els Tribunals exigeixen la prova alliberadora, és a dir, l'objectivació que s'ha produït de fet a la jurisprudència espanyola en relació amb la responsabilitat dels pares. I per aquest motiu no s'exploren algunes possibilitats de justificació: la responsabilitat vicària, o la dificultat (impossibilitat gairebé) de definir estàndards de diligència en una relació tan integral com la que existeix entre pares i fills menors. Igualment, la definició de models de conducta exigible als menors, clarament perceptible als Tribunals espanyols (en línia amb els d'altres països), sobretot als efectes del seu paper com a potencials víctimes de danys, queda també en un segon o tercer pla, malgrat la seva transcendència conceptual i pràctica.

En matèria d'honor, intimitat i pròpia imatge, és molt difícil posar ordre i sentit a un material jurisprudencial molt nodrit, heterogeni i on amb freqüència els detalls del cas resulten decisius finalment. El panorama que es descriu per delimitar els supòsits de responsabilitat no és gaire encoratjador ni des de la perspectiva de la seguretat jurídica ni des de la de la relació institucional entre el Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem. Pel que fa a la comprensió de la funció dels diferents remeis enfront de la intromissió il·legítima a l'honor, intimitat i imatge tampoc sembla més clar el panorama als nostres Tribunals. Tanmateix, l'absència d'una teoria acceptada entre nosaltres sobre els instruments del Dret de danys és una carència que no pot ser totalment imputable a la judicatura.

En matèria de productes defectuosos trobem una anàlisi positiva completa de la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de Responsabilitat Civil per Danys Causats per Productes Defectuosos, i dels arts. 25 i següents de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris, i de la seva relació recíproca, tot això àmpliament il·lustrat pels nombrosos casos de la jurisprudència espanyola que versen sobre la matèria. Potser aquí també hagués resultat útil una remissió amb més intensitat (i això apareix més clarament respecte de la responsabilitat dels administradors de societats) als ensenyaments que es poden extreure del sistema de responsabilitat de producte (i probablement també, del Dret de danys en el seu conjunt) més elaborat que hi ha al món a hores d'ara, que és el nordamericà¹⁸.

El control de la conducta dels administradors i d'altres directius de societats constitueix un dels problemes fonamentals del govern corporatiu i fins i tot una de les preocupacions més immediates de l'economia de mercat globalitzada actualment. Per aquest motiu, la responsabilitat dels administradors de societats és un tema essencial no només pel Dret de danys, sinó també pel Dret de societats i, probablement, per a la incidència general de les normes jurídiques sobre els comportaments empresarials. Són ben coneguts, i han estat encertadament

¹⁸ La referència bàsica és James Henderson i Aaron Twerski, *Products Liability: Problems and Processes*, 2^a ed., Little Brown (1992).

ressaltats per la doctrina espanyola, sobretot la mercantilista, els problemes del règim positiu de la Llei de Societats Anònimes en matèria de responsabilitat d'administradors: tant els de l'acció social de responsabilitat, com els de l'acció individual de socis i tercers, inclosos creditors, com (i aquests han estat els més acusats des del punt de vista pràctic) els de la responsabilitat pels deutes socials *ex art. 262 de la Llei de Societats Anònimes*. Aquests problemes tan seriosos de la regulació espanyola, però, no sorgeixen del no res. Sorgeixen d'un entorn extraordinàriament problemàtic, que porta anys atraient l'atenció de juristes, economistes i experts en govern corporatiu. Els problemes de separació entre propietat i control, els problemes d'incentius i de risc en la conducta dels directius són imprescindibles per entendre, per exemple, la *business judgement rule*, o l'aparentment paradoxal fenomen de contractació d'assegurances de responsabilitat civil dels directius a càrrec de la pròpia societat. I al seu torn, sense això no és possible entendre l'acció social de responsabilitat. O pel que fa a l'acció individual, els problemes d'informació en els mercats i dels inversors, i els d'acció col·lectiva i la seva solució mitjançant accions col·lectives o de classe, condicionen decisivament la seva adequada comprensió. Cal afegir que la font d'informació i d'inspiració obligada és el dret nordamericà, el més desenvolupat teòricament i pràcticament en aquesta matèria, amb tots els aspectes positius i negatius que això comporta¹⁹.

Després de dos capítols més breus, però igualment informatius, sobre responsabilitat d'animals i d'activitats lúdiques de risc, el *Tratado de Responsabilidad Civil* es tanca amb extensos capítols referits a dos dels sectors més rellevants (i també més reticents al tractament unitari, com s'ha tingut ocasió d'esmentar) del Dret de danys: els accidents de treball i la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques. Trobem aquí els problemes més inquietants i actuals que estan patint els tribunals espanyols en ambdós sectors els darrers anys. Els conflictes de competència jurisdiccional entre òrgans judicials laborals i civils, la compatibilitat d'accions i, més greument, la de prestacions rebudes en seu de seguretat social amb les indemnitzacions resultants de la responsabilitat per l'accident, la dubtosa naturalesa del recàrrec de prestacions per incompliment de mesures de seguretat i higiene a càrrec de l'empresari, el *non bis in idem* amb les sancions de l'autoritat laboral, en el primer cas. La jurisdicció competent en funció dels potencials responsables implicats (particular, concessionari, una altra administració pública), l'assegurança de responsabilitat civil pel que fa a la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, el paper de la culpa (sobretot en relació amb l'omissió) i de la imputació objectiva de danys, en el segon.

Aquest repàs, necessàriament breu, a l'abast i a la cobertura material de la part especial del *Tratado de Responsabilidad Civil* no fa sinó confirmar la transcendència de l'obra com a síntesi dels continguts i coneixements sobre el sistema del Dret de danys a Espanya. Sense cap dubte, pel seu caràcter complet, per la seva ambició i pels seus resultats, el *Tratado de Responsabilidad Civil* coordinat pel Prof. Reglero és una obra de lectura (i consulta) imprescindible, no només per a tots els operadors jurídics que han d'actuar en un sector o en un altre, en una funció o en una altra, en el complex panorama del Dret de danys a Espanya, sinó també per a tots aquells que

¹⁹ Referència inexcusable, entre d'altres, és Frank Easterbrook i Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press (1991) (hi ha una traducció espanyola, Fundación General del Notariado (2002)).

desitgin obtenir confirmació de la meva afirmació inicial en aquest comentari: el Dret de danys gaudeix de bona salut entre nosaltres, i hem d'agrair-ho a obres com aquesta.