

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE

**DERECHO APLICABLE
Y JURISDICCIÓN COMPETENTE
EN PLEITOS DE
RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

UN DAÑO, VARIOS DERECHOS APLICABLES Y CUATRO JURISDICCIONES

I. CUATRO REGULACIONES BÁSICAS	24
II. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE.	28
III. CUATRO JURISDICCIONES COMPETENTES.....	30
1. Cada demandado en su jurisdicción	31
2. Una excepción de nota: la acción directa contra las compañías aseguradoras de la responsabilidad	34
IV. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN	36
V. UNIDAD O DIVERSIDAD DE PRETENSIONES	39

CAPÍTULO II

DAÑOS CAUSADOS POR INFRACCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL Y COMPETENCIA DE LOS JUECES DE LO MERCANTIL

I. UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DENTRO DEL ORDEN CIVIL.....	46
1. Competencia en materia concursal.....	47

	Pág.
2. Competencia por razón de la normativa infringida	49
II. EL PROBLEMA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES	52
1. Doctrina jurisprudencial sobre la acumulación de acciones de incumplimiento contractual y de responsabilidad de administradores sociales.....	53
2. Acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil.	57

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO Y COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

I. UNA PRETENSIÓN CIVIL QUE PUEDE EJERCITARSE ANTE EL JUEZ PENAL.....	65
II. DAÑOS Y DELITOS: NORMAS CIVILES EN EL CÓDIGO PENAL.....	70
III. SUJETOS CIVILMENTE RESPONSABLES DEL DELITO	77
IV. EJERCICIO CONJUNTO DE LAS ACCIONES PENAL Y CIVIL EN EL PROCESO PENAL	81
1. Sentencia penal condenatoria	81
2. Sentencia penal absolutoria, sobreseimiento y otras formas de finalización del proceso penal	82
2.1. Fallecimiento del reo y exención de responsabilidad criminal	85
2.2. Perdón del ofendido, indulto y prescripción del delito....	88
V. EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL POSTERIOR AL PENAL	92
1. Vinculación del juez civil a los hechos probados en el proceso penal.....	95
2. Libre valoración jurídica de los hechos y su relevancia para el juicio sobre la responsabilidad.....	98
VI. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO	102
1. Prescripción civil y prescripción penal	103
2. Prescripción especial y prescripción general.....	105
2.1. Prescripción de la acción civil posterior a un proceso penal sin condena del procesado	106
2.2. Prescripción de la acción civil posterior a la condena penal.....	110
2.3. Delitos contra el honor y daños causados por delincuentes menores de edad.....	115
VII. CUESTIONES PREJUDICIALES Y PREFERENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL	117

	Pág.
1. Carácter excluyente de la jurisdicción penal y cuestiones penales en pleitos de responsabilidad civil	119
2. Cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil	124
3. Cuestiones prejudiciales penales en el proceso contencioso-administrativo	128
4. Cuestiones prejudiciales en el proceso laboral	129

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

I. EL LARGO CAMINO HACIA LA UNIDAD DE PROCEDIMIENTO Y LA UNIDAD JURISDICCIONAL	134
1. El problema histórico de la concurrencia de responsabilidad de particulares y de la Administración.....	138
2. Responsabilidad por daños causados por la asistencia sanitaria prestada en instituciones pertenecientes al sistema de Seguridad Social	142
II. UNA EXCEPCIÓN DE NOTA AL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR CULPA.....	149
III. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN PERO INDIRECTA DEL PERSONAL A SU SERVICIO	154
IV. SUPUESTOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	158
1. Responsabilidad de la Administración por daños causados por actos legislativos	158
2. Responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad de la Ley o por contravención del Derecho europeo	159
2.1. Un procedimiento específico de responsabilidad	160
2.2. La cuestionable distinción entre los supuestos de responsabilidad del legislador	164
3. Responsabilidad de jueces y magistrados.....	168
4. Responsabilidad patrimonial de Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Sociedades Mercantiles Estatales y Fundaciones del Sector Público	175
4.1. El sector público institucional.....	176
4.2. El ejercicio de potestades administrativas.....	180
5. El controvertido caso de los daños causados a usuarios del servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril.....	187
6. Miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales.....	191

	Pág.
6.1. Administradores de sociedades mercantiles designados por la Administración.....	192
6.2. Sociedades mercantiles estatales de titularidad exclusivamente pública.....	196
V. EXCEPCIONES A LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.....	198
1. Responsabilidad civil derivada de delito cometido por el personal al servicio de la Administración.....	198
1.1. Responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública.....	199
1.2. Reserva de acciones civiles o reclamación administrativa posterior al juicio penal.....	202
2. Aseguramiento de la responsabilidad patrimonial.....	205
2.1. Demanda conjunta contra la Administración Pública y su aseguradora.....	207
2.2. Acción directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad de la Administración.....	209
2.3. La previsión contenida en el artículo 35 LRJSP.....	218
3. Responsabilidad de los contratistas de la Administración.....	219
VI. DAÑOS CAUSADOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	223
1. Competencia judicial ordinaria.....	223
2. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativa.....	224
3. El conflicto de competencia de jurisdicción planteada por el desastre ecológico de Aznalcóllar.....	227

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL Y COMPETENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

I. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.....	238
1. Definición legal de contingencia profesional.....	238
1.1. Accidente de trabajo.....	239
1.2. Enfermedad profesional.....	241
2. Acción protectora de la Seguridad Social.....	242
3. Responsabilidades empresariales por contingencias profesionales.....	246
3.1. Recargo de prestaciones.....	247
3.2. Responsabilidad administrativa.....	251

	Pág.
3.3. Responsabilidad penal.....	254
3.4. Responsabilidad civil.....	256
II. LA POLÉMICA SOBRE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.....	258
1. Doctrina de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo	259
2. Incumplimiento de normas laborales y competencia de la jurisdicción social	264
3. Acción directa contra la compañía aseguradora del empresario	270
4. Consecuencias de la atribución de competencia a la jurisdicción social: carga de la prueba, cálculo de la indemnización y descuento de las prestaciones.....	271
4.1. Inversión de la carga de la prueba.....	271
4.2. Cálculo de la indemnización	272
4.3. Descuento de prestaciones	276
5. De nuevo, sobre el recargo de prestaciones	281
6. Daños causados por terceros	284
III. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES Y DE TERCEROS EN LA DEMANDA CONTRA EL EMPRESARIO	286
IV. « <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i> », « <i>COLLATERAL SOURCE RULE</i> » Y COORDINACIÓN DE INSTRUMENTOS COMPENSATORIOS.....	293
1. Doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo: descuento de prestaciones.....	298
2. El problema de la indemnización de los daños que provocan incapacidad permanente para la ocupación habitual	303
3. Cobertura, indemnización, enriquecimiento e incentivos.....	310
4. Cotización, salario y riesgo.....	316

CAPÍTULO VI

ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL Y UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. JURISDICCIÓN GENERAL Y JURISDICCIONES ESPECIALIZADAS POR RAZÓN DE LA MATERIA: VENTAJAS E INCONVENIENTES	323
II. LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL EN DERECHO DE DAÑOS.	327
III. EL EFECTO UNIFICADOR DE LOS BAREMOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO PERSONAL	331
IV. ¿JURISPRUDENCIA O JURISPRUDENCIAS?.....	334
BIBLIOGRAFÍA	339

INTRODUCCIÓN

Hace ahora veinte años, dos destacados especialistas en Derecho de daños iniciaban una presentación académica del régimen legal de nuestro Derecho de la responsabilidad civil extracontractual con la siguiente afirmación: «Dos de los problemas más serios del actual Derecho español de daños pueden resumirse en una sola frase: en España, el territorio de la responsabilidad civil está dividido en cuatro jurisdicciones que, además se solapan»¹. La constatación venía confirmada por los estudios de otro ilustre civilista, que en la década anterior al de publicación del trabajo referido había señalado las incoherencias prácticas del Derecho español de daños².

En esos momentos, las víctimas de accidentes (*rectius*, sus abogados) se enfrentaban a la más temible de las dudas que puede plantear un sistema legal: la que concierne al régimen legal en que debe fundamentarse la pretensión del justiciable y a la jurisdicción competente para enjuiciarla.

La duda la generaban las incoherencias y lagunas de un sistema en evolución, cuya expansión forzaba las costuras de su diseño original y en el que eran frecuentes —mucho más que en la actualidad— los conflictos entre órdenes jurisdiccionales interesados en retener o en discutir su competencia para el enjuiciamiento de casos de responsabilidad por daños. Eran los años del «peregrinaje de jurisdicciones», tan

¹ Pablo SALVADOR CODERCH y Juan Antonio RUIZ GARCÍA, «Problemas de la responsabilidad civil en Derecho español», *Europa e Diritto Privato*, 1999, pp. 401-444.

² Se trata de Fernando PANTALEÓN PRIETO y de sus trabajos *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, 1985, y *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración. (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, 1995.

temido por la Sala Primera del Tribunal Supremo por los devastadores efectos que podía tener en la tutela judicial efectiva y que tantas veces sirvió de justificación —acaso de pretexto— para acudir a la *vis attractiva* que la ley reconoce a la jurisdicción civil como consecuencia cabal del carácter supletorio del Derecho civil en nuestro ordenamiento jurídico.

Los conflictos de competencia en asuntos de responsabilidad civil extracontractual se planteaban entre todos los órdenes de la jurisdicción ordinaria³. Entre el civil y el contencioso-administrativo subsistía, en cuanto al Derecho aplicable a los casos de responsabilidad de los poderes públicos, el debate sobre las actividades administrativas sujetas al Derecho público y al Derecho privado. Una distinción que habían instaurado los arts. 40⁴ y 41⁵ 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 y que el legislador había pretendido erradicar con la reforma del art. 1.903 efectuada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado⁶ y, sobre todo, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuyo Título X (arts. 139 a 146) unificaba el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial en el Derecho administrativo.

Respecto de la jurisdicción competente y como consecuencia del debate sobre la norma que fundamentara la responsabilidad, la pugna entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa solía resolverse a favor de la primera cuando la víctima sumaba en la demanda contra la Administración titular del servicio a los sujetos privados, causantes materiales del perjuicio. Un problema que no tuvo fácil solución práctica hasta la reforma del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) efectuada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la anterior.

³ Para una presentación general de la cuestión, puede consultarse Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Problemas de jurisdicción competente y de Derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», *InDret*, 2/2009.

⁴ Cuyo primer apartado disponía que: «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa».

⁵ Que preveía que: «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».

⁶ Cuyo artículo segundo suprimió el párrafo quinto del art. 1.903 CC, en cuya virtud: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

Las jurisdicciones civil y social, por su parte, mantenían su polémica particular sobre la jurisdicción competente y el Derecho aplicable para determinar los límites de lo específicamente contractual y lo peculiarmente laboral con motivo de las demandas de trabajadores que sufrían accidentes de trabajo o contraían enfermedades profesionales. Mientras la jurisdicción social consideraba que las obligaciones de prevención integraban el contenido del contrato de trabajo, que era materia propia de los jueces y tribunales laborales, los civiles consideraban que la causación de daños personales era ajena al ámbito contractual, a la órbita o esfera de lo pactado, y que el caso no difería de los generales de causación de daños a particulares, cuya competencia les correspondía.

Las jurisdicciones social y contencioso-administrativa, para finalizar este recorrido por los conflictos que jalonan la historia reciente de nuestro Derecho de daños, mantenían posturas irreconciliables sobre la competencia para enjuiciar daños causados por una defectuosa asistencia sanitaria cuando esta se había prestado en centros dependientes del sistema nacional de Seguridad Social o gestionados por mutualidades de trabajadores. Un debate que no acabó de resolver del todo la adición de una Disposición Adicional duodécima⁷ a la LRJPAC con motivo de la reforma efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Por último, y aunque, como se verá, no se trata técnicamente de un conflicto de competencia de jurisdicción, el legislador penal del año 1995 desperdició la oportunidad de acabar con la disfunción histórica que supone la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito en el Código Penal (CP), en lugar de deferir la solución de esa pretensión a las normas generales que resulten de aplicación.

El panorama era desalentador y justificaba tanto las afirmaciones de los autores referidos como el esfuerzo del legislador de los últimos años para ajustar el Derecho aplicable y la jurisdicción competente a los diferentes supuestos de responsabilidad. Un esfuerzo que ha aclarado enormemente las cosas, sin perjuicio de las críticas que merece la apuesta por un sistema de responsabilidad atomizado, compartido por todos los sectores del ordenamiento y aplicado por todos los órdenes de la jurisdicción.

El punto de partida es todavía el del carácter civil de la pretensión indemnizatoria y su conocimiento por los jueces y tribunales de esa jurisdicción que conservan, además, la atribución residual para el conocimiento de todos los supuestos que no se asignen de manera expresa

⁷ Cuyo texto era el siguiente: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso».

a otro orden jurisdiccional. La regulación civil de la responsabilidad extracontractual es la más general, precede cronológicamente al resto de las vigentes y se beneficia del carácter supletorio a todo el ordenamiento que el art. 4.3 del Código Civil (CC) reconoce a las disposiciones del Código. Sin embargo, y aunque muchas de sus previsiones, por ejemplo en materia de prescripción, siguen aplicándose más allá de la frontera de lo estrictamente civil, la pretensión indemnizatoria que se ejercita ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil conforme a las normas civiles generales solo es, en el actual Derecho español de daños, la solución por defecto.

Generalizar es omitir, y los matices de los que prescindió la legislación civil han parecido tan relevantes al legislador que las reformas legales de los últimos años en la materia han profundizado en las diferencias de régimen —legal y judicial— de la pretensión indemnizatoria. Las sucesivas reformas de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), la entrada en vigor de las vigentes Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la aprobación de la vigente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), solo por citar las normas más relevantes, acentúan las diferencias de trato de la pretensión indemnizatoria de una víctima en función de las circunstancias legales del accidente en que sufrió el daño. El resultado es un sistema complejo, compuesto por muchos y variados elementos, cuyas reglas básicas obedecen a los dos criterios básicos siguientes.

Uno, primero, de naturaleza material, de regulación de actividades y los sujetos que las desarrollan y que provoca que las pretensiones de daños causados con motivo de esas actividades, reguladas por normas propias que son, a su vez, aplicadas por jueces y tribunales especializados por razón de la materia, sean resueltas conforme a reglas legales diferentes y ante órdenes jurisdiccionales también diferentes, aunque —se insiste— unas y otras hayan de resolver pretensiones de compensación de daños de naturaleza idéntica.

Conviven, así, tantas pretensiones indemnizatorias como regulaciones sectoriales sean aplicables a los sujetos potencialmente responsables. Las diferencias son tanto de orden práctico —la más relevante referida a la jurisdicción y normal procesal que sea de aplicación— como de orden material, por ejemplo, el abandono del criterio general de la culpa como criterio básico de imputación en favor de otro de responsabilidad por la mera causación de daños. Diferencias que provocan variaciones en el Derecho aplicable y en la jurisdicción competente para resolver pretensiones por accidentes que pueden haber causado perjuicios equivalentes pero que

son tratados de forma diversa en atención al peculiar régimen legal que resulte de aplicación al sujeto responsable.

Ese primer criterio de ordenación del sistema atiende, en la terminología que se empleará en este trabajo, a la naturaleza jurídica del potencial responsable del daño. El criterio permite distinguir los casos que habrán de ser resueltos conforme a las reglas civiles generales de los que habrán de ser analizados conforme a los regímenes especiales de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de responsabilidad del empresario por contingencias profesionales. En todos los casos, con el régimen procesal y jurisdiccional que resulte de aplicación.

Otro criterio, en segundo lugar, es de naturaleza únicamente procesal y supone la preferencia legal por la atribución de la competencia para enjuiciar a determinados responsables de daños por determinados tipos de jueces. Así sucede con los jueces y tribunales del orden penal y con los jueces de lo mercantil. Los primeros pueden resolver la pretensión indemnizatoria de la víctima del delito, salvo que esta haga reserva de acciones civiles. Los segundos tienen atribuido con carácter exclusivo el conocimiento de las pretensiones indemnizatorias derivadas de las actividades y sectores materiales enumerados en el art. 86 ter LOPJ. En ambos casos, sin embargo, las normas de responsabilidad que aplicarán serán civiles, pues también participan de esa naturaleza las que dedica el Código Penal a la responsabilidad civil derivada de delito. No hay aquí diferencias de régimen por la naturaleza legal del sujeto responsable, sino por la calificación jurídica —penal o mercantil— del comportamiento que dio lugar al daño.

Este trabajo se dedica a analizar el complejo resultado de la aplicación de ambos criterios en el vigente Derecho español de daños. El número y calado de las reformas legales en la materia de las últimas dos décadas aconsejan un análisis crítico de la situación en que se encuentra el actual Derecho español de daños, repartido entre órdenes legales y jurisdiccionales diferentes, cada uno con normas materiales y procesales propias. A ese propósito obedece este trabajo.

Tras un primer capítulo de presentación general de los criterios legales y jurisdiccionales, la exposición se ordena en función de las específicas regulaciones de responsabilidad, por su régimen material o procesal, que pueden resultar de aplicación a la pretensión de la víctima. Esta puede haber de plantear su demanda ante los jueces de lo mercantil (capítulo II) o tendrá la oportunidad de hacerlo ante los jueces y tribunales de lo penal (capítulo III), conforme al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración (capítulo IV) o, por último, contra el empleador por los daños sufridos en las labores para las que fue empleada (capítulo V). En todos los casos, el trabajo intenta dar razón del Derecho aplicable, con sus especialidades por razón de

la materia, y de las reglas procesales aplicables específicamente a la pretensión indemnizatoria.

El debate sobre la compensación del daño se plantea en todos los sectores del ordenamiento. Puede tener sentido que sea así, pues todos pretenden ordenar la parcela de realidad que tienen encomendada, pero sería deseable un mayor grado de coordinación para evitar, en primer lugar, los conflictos que se plantean con motivo de la determinación de la jurisdicción competente.

Tales conflictos los resuelve una Sala Especial del Tribunal Supremo, cuyo funcionamiento se explica en este trabajo, cuando se suscitan dudas sobre la jurisdicción competente. Son, en materia de Derecho de daños, cada vez menos frecuentes, pues los criterios legales han ganado en claridad y la jurisprudencia que los aplica en rotundidad, pero todavía existen. En este trabajo se da razón de los más relevantes resueltos en los últimos años.

La propia existencia de la Sala Especial de Conflictos de Competencia da razón de la rigidez del sistema, que centraliza la decisión sobre la competencia judicial, y de la fragilidad de los criterios legales que la atribuyen, incapaces de evitar que o bien varias jurisdicciones se consideren competentes o bien que ninguna se considere aludida para resolver la pretensión que plantea la víctima del accidente. En todo caso, se trata de un proceso especialmente ineficiente: consume recursos —tiempo y dinero— públicos y privados y se limita a determinar qué juez dispone, por razón de la materia, de competencia para conocer del asunto. Es un proceso que precede a aquel en el que habrá de resolverse el fondo del asunto.

En segundo lugar, parece que nunca se insistirá lo suficiente en la necesaria coherencia del sistema, cuyo objetivo común no debería ser otro que el de compensar los daños causados y el de prevenir que sucedan en el futuro. Este trabajo destaca las diferencias de trato entre víctimas, que pueden haber sufrido daños idénticos pero que son, sin embargo, considerados legal y judicialmente de forma diversa por el ordenamiento. La más notable es la que existe entre las víctimas de servicios públicos y el resto de potenciales víctimas. La responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 32 LRJSP) sitúa a sus víctimas en una posición procesal y material privilegiada respecto de las víctimas sujetas al régimen civil general o al especial de los trabajadores. Unas diferencias de difícil justificación cuando se constata que actividades materialmente idénticas, que pueden causar daños de un mismo tipo y entidad, son enjuiciadas conforme a normas de responsabilidad diferentes aplicadas por jueces de distintos órdenes jurisdiccionales y conforme a normas procesales también diferentes.

Una diferencia que se proyecta, incluso, en el régimen del seguro de responsabilidad civil, pues la diferencia de régimen legal del asegurado se traduce en un diferente modo de ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad. La acción está prevista con carácter general en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) y tiene por finalidad facilitar el acceso de las víctimas a la indemnización asegurada. Nadie ha cuestionado las virtudes de esa acción, desconocida por muchos ordenamientos, que se consideran mayores que los problemas prácticos que supone su ejercicio. Problemas que se resolverían, en gran medida, si existiera correspondencia entre las reglas que deciden la responsabilidad del asegurado y la jurisdicción que las aplica y los jueces que han de conocer de las controversias que suscite el ejercicio de la acción directa contra la compañía que asegura la responsabilidad.

Se trataría, en definitiva, de conseguir que la responsabilidad y su aseguramiento sean decididos por los mismos jueces conforme a las mismas reglas. Al fin y al cabo, seguro y responsabilidad forman parte del mismo fenómeno. Sin embargo, las cosas no son siempre así. Lo son en el ámbito laboral, pues el art. 25.4 LJS prevé la competencia de los jueces y tribunales de lo social. Sin embargo, donde la víctima carece de esa cobertura legal, se plantean dudas sobre la competencia judicial para conocer de la acción directa que ejercite contra el responsable del perjuicio. De manera muy destacada cuando este es una Administración Pública, que solo puede ser condenada por los jueces de lo contencioso-administrativo que, sin embargo, carecen de competencia para resolver una controversia entre privados, como la que resulta de la acción directa cuando lo son víctima y aseguradora. Y el problema no solo se plantea entre jueces de distintos órdenes jurisdiccionales, pues idénticas dudas plantea la acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad de los administradores sociales, cuya condena compete a los jueces de lo mercantil que, sin embargo, no tienen atribuidas competencias generales en materia de contrato de seguro.

Los problemas no son solo legales o, mejor dicho, causados por las deficiencias de la legislación vigente. En ocasiones, la falta de coherencia la provocan las doctrinas aplicadas por nuestros jueces y tribunales. Así, por ejemplo, la Sala Especial de Conflictos de Competencia debería unificar su doctrina sobre los efectos que la naturaleza pública o privada del responsable haya de tener en punto a la jurisdicción competente para enjuiciarlo.

Parece que la naturaleza privada de la entidad, aunque se integre en el sector público y preste servicios de naturaleza pública es razón suficiente para derivar el conocimiento de las demandas por los daños que causen a la jurisdicción civil. Sin embargo, esa misma naturaleza privada no es obstáculo para que las mutuas y entidades privadas que colaboran con

la Seguridad Social en la prestación de la asistencia sanitaria se sujeten al régimen legal y jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Carece de sentido que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, para acabar con la mención a algunos de los temas que se desarrollan en este trabajo, aplique una doctrina en cuya virtud el trabajador que es víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional ha de descontar de la indemnización a la que tiene derecho con cargo al empresario responsable las cantidades que haya percibido del sistema público de previsión. Sin perjuicio de las razones que se proponen en el apartado sobre el tema, la doctrina jurisprudencial que la Sala Social impone a los jueces y tribunales de esa jurisdicción provoca un descabellado incentivo a la causación de daños, pues sus responsables pagan menos de lo que causaron. Una perversión fácil de resolver, pues solo habría que abandonar una doctrina judicial que carece de fundamento legal y que sitúa a las víctimas de contingencias profesionales en una posición peor a la del resto de víctimas de accidentes.

Se trataría, en fin, de eliminar diferencias de tratamiento legal y jurisprudencial que no se justificarían si la víctima se situara en el centro del sistema; en el lugar que ocupan en la actualidad los potenciales responsables.

La solución a estas incoherencias, entre otras puestas de manifiesto en el trabajo, podría pasar por la unificación legal y procesal de las reclamaciones de responsabilidad por daños. Algo que, sin duda, resolvería los problemas de determinación del Derecho aplicable y la jurisdicción competente, pero que parece difícilmente viable en un entorno legal y judicial tan especializado como el español.

Una alternativa a la unificación sería un mayor grado de coordinación entre órdenes jurisdiccionales. Y esta solución parece posible. Por tal razón, el último capítulo del trabajo (Capítulo VI) cuestiona los beneficios de la especialización judicial en el Derecho de daños y propone un diálogo más intenso entre órdenes jurisdiccionales. Un diálogo que solo puede redundar en beneficio de las víctimas y en la claridad con la que el ordenamiento provee incentivos eficaces para la evitación de accidentes. Algo que, al fin y al cabo, supone la mejor manera —la más eficiente— de prevenirlos.

Si los jueces y tribunales de todas las jurisdicciones han coincidido en la aplicación analógica del baremo para la valoración de los daños personales previsto solo con carácter vinculante para los accidentes de tráfico en el Anexo del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), debería ser posible una

mayor unificación de criterios en materia de prescripción, de imputación objetiva, de determinación de la causalidad o de la relevancia de ganancias obtenidas por la víctima por razón del daño sufrido, entre otros extremos que aparecen en las páginas de este trabajo.

* * *

Aunque es muy posible que el lector no la requiera a estas alturas, es oportuna una advertencia. Este trabajo analiza únicamente el régimen legal y jurisdiccional —el Derecho aplicable y la jurisdicción competente— a las pretensiones indemnizatorias que hayan de resolverse conforme al Derecho español de daños. El análisis obvia la problemática que plantean los accidentes que incorporan un elemento internacional, cuya regulación, conforme al Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y a las normas procesales internacionales, no es objeto de estudio.

Quedan solo por destacar dos cuestiones. La primera tiene que ver con la decisión de transcribir en el trabajo la mayor parte de los textos legales a los que se hace referencia. Se han obviado los más generales y conocidos, pero se ha optado por reproducir los más relevantes de todas y cada una de las regulaciones especiales, así como los relativos a las cuestiones sobre la competencia de cada orden jurisdiccional y a las especialidades aplicables en cada uno de ellos. Así lo aconsejaba ofrecer al lector un texto que contuviera todas las referencias relevantes. Tantas y de origen tan diverso que obligarían a la consulta frecuente de los repertorios de legislación para seguir el análisis que se plantea en este trabajo. Siempre que ha sido posible, la transcripción se ha limitado a los aspectos relevantes de cada precepto para evitar la dispersión del texto y de las cuestiones tratadas. Las normas legales más habituales en cada uno de los sectores que son objeto de estudio se citan con el acrónimo generalmente empleado. Cuando la cita no ha de ser recurrente, el texto incluye la cita de la disposición. La lista de abreviaturas ayudará al lector a identificar todas y cada una de las disposiciones legales referidas en el trabajo.

La segunda se refiere a la cita de las decisiones judiciales referidas en el texto. Sentencias y autos se citan conforme a las referencias que maneja el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). En su mayor parte son sentencias y autos del Tribunal Supremo. Las decisiones se citan por su fecha, por su número, que refiere su ordenación cronológica en la actividad anual de cada Sala del Tribunal, y por la referencia del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Roj), que ordena las decisiones de todos los órganos de la jurisdicción dictadas durante cada año natural. En ocasiones, algunas

decisiones carecen de número, sin que existan razones que expliquen el motivo de la omisión. En esos casos, la decisión se identifica solo con su fecha y número de repertorio oficial. En todos los casos se identifica el orden jurisdiccional. Este se refiere en las decisiones del Tribunal Supremo conforme a la numeración de las Salas que consta en el art. 55 LOPJ⁸. Las sentencias del Tribunal Constitucional se citan conforme al número de referencia y año que las identifican, con expresión del *Boletín Oficial del Estado* en el que fueron publicadas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se citan por su identificador europeo de jurisprudencia (*European Case Law Identifier* —ECLI—) con indicación de la fecha, nombre de referencia del asunto y número de registro. Todo ello conforme a las instrucciones de cita de sus decisiones que indica el propio Tribunal.

Los profesores Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR han tenido la amabilidad de revisar el borrador de este trabajo. También han revisado los capítulos más cercanos a su especialidad la profesora Anna GINÈS I FABRELLAS y el profesor y abogado Álvaro LUNA YERGA. Todos han hecho comentarios, observaciones y sugerencias que han mejorado el trabajo que ahora se publica y su autor les agradece con estas líneas el tiempo y atención dedicados. Los errores son, en todo caso, responsabilidad exclusiva del autor.

Barcelona, octubre de 2019.

⁸ Conforme al cual: «El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas: Primera: De lo Civil; Segunda: De lo Penal; Tercera: De lo Contencioso-Administrativo; Cuarta: De lo Social».

CAPÍTULO I

UN DAÑO, VARIOS DERECHOS APLICABLES Y CUATRO JURISDICCIONES

En el Derecho español de daños, el perjudicado o sus causahabientes, si la víctima del daño no sobrevivió al desastre, disponen de una pretensión indemnizatoria contra el causante material del perjuicio o contra quien haya de responder en su lugar.

La pretensión, al menos la que interesa analizar en este trabajo¹, es siempre la misma y consiste en la compensación del perjuicio sufrido; en la reparación del menoscabo padecido por la víctima. Un detrimento que puede —en todo o en parte— ser puesto a cargo de uno o varios responsables y cuya indemnización se solicita ante los jueces y tribunales, como contenido único de la demanda planteada por la víctima del daño o de manera complementaria a otras peticiones.

¹ «[...] entendemos aquí por pretensión la acción y efecto de pretender y, más exactamente, de pretender una concreta tutela jurisdiccional, una sentencia con un determinado contenido. [...] La pretensión envuelve, en el proceso civil, la afirmación de una acción. Se pretende una tutela jurisdiccional concreta porque se afirma que se tiene derecho a esa concreta tutela jurisdiccional, cuyos fundamentos o presupuestos han de alegarse desde el principio, aunque sea sucintamente». Andrés DE LA OLIVA e Ignacio Díez PICAZO, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.^a ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 65. Por tanto, la pretensión que se ejercita ante los tribunales o, mejor dicho, que merece tutela judicial en caso de no ser atendida por el obligado. La precisión es oportuna, pues como explica Dieter MEDICUS, *Allegermer Teil des BGB*, 9., neubearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2006, pp. 35 (Rn. 73): «“Anspruch” kann zunächst das auf bestimmte Leistung gerichtete Begehren bedeuten. Diese Leistung wird “beansprucht”. Dabei bleibt dann offen, ob die derart begehrte Leistung wirklich gefordert werden kann. [...] Das gilt offenbar unabhängig davon, ob die Klage materiellrechtlich begründet ist oder nicht; gemeint ist einfach das, was der Kläger verlangt». Esa concepción de la «pretensión» difiere de la concreta y capaz de suscitar la actuación de los jueces y tribunales, que se toma como referencia en este trabajo: «Demgegenüber definiert §194 I den Anspruch als das (subjektive) “Recht von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen”. Ein solches Recht setzt einen materiellrechtlich begründeten Anspruch voraus», p. 36 (Rn. 74).

La regulación de esa pretensión indemnizatoria ha experimentado en las últimas décadas uno de los desarrollos legales y jurisprudenciales más destacables en el Derecho privado español. Un desarrollo que ha sido, en primer lugar, material y que ha supuesto la concreción del principio general de responsabilidad por daños en los ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación de todos y cada uno de los sectores del ordenamiento; y que, en segundo lugar, ha sido pareja de la creciente especialización de nuestros jueces y tribunales, titulares todos ellos de una misma potestad jurisdiccional, pero organizados en jurisdicciones especializadas por razón de la materia.

De esta forma, la garantía del derecho a la indemnización de los daños sufridos por la víctima corresponde a jueces y tribunales que se organizan en varias jurisdicciones especializadas por sectores de actividad regidos por sus normas propias, entre ellas, las que permiten a la víctima del daño el ejercicio de su pretensión indemnizatoria. De tal modo que el responsable de un daño lo será si así lo prevé la regulación a la que esté sujeto y cuya aplicación corresponde a los jueces especializados en juzgar la actividad que causó el daño.

El resultado es que la vinculación normativa que existe entre la condición de responsable de un daño concreto y la de demandado por su víctima define el perímetro de la responsabilidad y, por tanto, el de la pretensión indemnizatoria². En consecuencia, el vigente Derecho español de daños no puede estudiarse sin atender a las especialidades materiales y procesales de los sectores legales que regulan la pretensión indemnizatoria. Esta, como se verá, acaba siendo tan diversa como lo son las regulaciones que la contemplan.

El vigente Derecho español de daños está formado por normas administrativas, laborales y civiles (estas distribuidas entre el Código Civil y el

² Es cierto que, «El problema de la responsabilidad siempre es anterior al de fijar las consecuencias que de la misma derivan», José PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, 1951, p. 42. Sin embargo, como afirmó Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción, acción y proceso*, Atelier, 2008, p. 18: «Solo en la jurisdicción se aprecia la existencia del derecho. Este alcanza en la decisión jurisdiccional su máximo valor en cuanto es resolución de un problema vital concreto. La conducta de los particulares se desarrolla en cierto sentido al margen del derecho. La ley se formula al margen de lo concreto. Solo la jurisdicción entiende conjuntamente del derecho y de lo concreto». Ambas ideas se resumen en Manfred WOLF y Jörg NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10., vollständig neu bearbeitete Auflage des von Karl Larenz begründeten Werkes, Beck, 2012, pp. 245-246 (§21, Rn. 25): «*Ein materiellechtlicher Anspruch besteht als subjektives Recht außerhalb und unabhängig von einem Gerichtsverfahren. Dennoch gibt es eine enge Verbindung zum gerichtlichen Verfahren, weil der Anspruch, wenn er nicht freiwillig erfüllt wird, wegen des Verbots der Selbsthilfe grundsätzlich mit gerichtlicher Hilfe im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden muss. Dazu ist aber regelmäßig seine Feststellung in einem vorgeschalteten gerichtlichen Erkenntnisverfahren erforderlich. Zur Einleitung dieses Erkenntnisverfahren bedarf es einer Klage, mit der Anspruch dem Gericht zur Prüfung unterbreitet wird. Die Klage ist begründet, wenn nach den Sachverhalt der materiellechtliche Anspruch im konkreten Fall gegeben ist und das Klagebegehren rechtfertigt. Findet sich ein solcher Anspruch nicht oder steht ihm eine vom Beklagten zu Recht erhobene Einwendung oder Einrede entgegen, ist die Klage als unbegründet abzuweisen.*».

Código Penal), que son aplicadas por las respectivas jurisdicciones especializadas en cada uno de esos sectores del ordenamiento. En algunos casos, conforme a criterios de especialización únicamente procesales, como sucede con los jueces de lo mercantil, pertenecientes a la jurisdicción civil, pero con competencia exclusiva para enjuiciar asuntos de responsabilidad en materia societaria y concursal. De esta forma, la historia del accidente determina el Derecho aplicable a la pretensión de la víctima y el juez que habrá de resolverla, pues en el Derecho español de daños, un mismo perjuicio está sujeto a normas materiales o procesales diversas en función de las circunstancias específicas del caso.

La responsabilidad civil por daños extracontractuales se ha convertido en una especialidad incorporada a todas las áreas de nuestro ordenamiento con normas propias y principios específicos. Normas y principios que son aplicadas e interpretados por jueces especializados en el enjuiciamiento de las controversias surgidas con motivo de la actividad en cuyo desarrollo se causaron los daños. La combinación de normas y principios propios y del acervo jurisprudencial que los aplica y desarrolla da lugar a un panorama de una enorme dispersión, en el que la misma realidad —que no es otra que la del daño— es tratada de forma diversa y analizada de forma autónoma en todos y cada uno de los sectores de nuestro ordenamiento. De forma tal que la referencia al Derecho español de daños lo es a un conjunto heterogéneo de normas, de rango diverso, con principios y contenidos diferentes que son aplicadas por jueces pertenecientes a todos los órdenes de especialización en que se organiza la jurisdicción.

El proceso no es exclusivo del Derecho de daños y es una consecuencia lógica del creciente grado de complejidad de nuestra sociedad y, en consecuencia, de nuestro ordenamiento. Puede explicarse como un proceso de especialización, primero legal y después judicial, que concreta la norma general de responsabilidad extracontractual contenida en art. 1.902 CC en sectores y actividades diversos cuyas víctimas potenciales merecen un régimen que las proteja de forma adecuada y que, en consecuencia, desincentive situaciones de peligro o de riesgo anormales.

Sería deseable, con todo, un mayor grado de armonía entre los derechos encargados de regular la pretensión indemnizatoria que, en ausencia de un concierto legislativo, corresponde a los jueces y tribunales, como se sugiere en el último capítulo de este trabajo. Carece de sentido, como se destacará en los capítulos siguientes, que la misma existencia del daño, su vínculo causal con el comportamiento del responsable, su valoración o su imputación a determinados actos u omisiones sea analizada de forma diferente por jueces que, aunque apliquen normas sectoriales, tratan en todos los casos con víctimas que solo pretenden la reparación de los perjuicios sufridos.