

DEL DERECHO DE DAÑOS AL DERECHO DE RESARCIMIENTO: UN ENFOQUE ECONÓMICO

JORGE A. RODRÍGUEZ
PÉREZ

Doctor en Derecho | Profesor Asociado en el
Departamento de Ciencias Jurídicas · Universidad
de Las Palmas de Gran Canaria
Abogado · Consortium

Resumen

Uno de los temas siempre en auge dentro del Derecho Civil es el referido al derecho de daños. El concepto de consumidor forma ya parte de la cultura de la gente, de forma que cada vez son más habituales las reclamaciones en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por cualquier tipo de situaciones, ya se trate de una intervención quirúrgica, un accidente de coche o de aviación, el fallecimiento ocasionado por el consumo de tabaco o una caída en el supermercado.

Cada vez con mayor frecuencia los periódicos dan cuenta de litigios judiciales fundados en una exigencia de responsabilidad a un constructor, un empresario o un fabricante. Ciertamente, se trata de una materia emergente. Además, es una materia que experimenta constantes avances, pues siendo una disciplina escasamente regulada en las normas legales, es la jurisprudencia la que va marcando el camino, aportando soluciones novedosas y estudiando pleitos en cuestiones que hasta no hace mucho nunca habían

sido objeto de demanda judicial, como la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, el daño puramente económico, el daño moral o el daño futuro.

Palabras clave:

Responsabilidad civil. Derecho de daños. Reclamación y resarcimiento. Daño indemnizable. Daño puramente económico. Daño moral extracontractual.

I. Introducción

La sociedad actual vive sometida a una fuente inagotable de peligros, riesgos, y, por lo tanto, de hechos dañosos[1]: la circulación de vehículos a motor; el desarrollo de muchas actividades profesionales que entrañan un riesgo (medicina, arquitectura, la construcción, el trabajo en la industria), bien por el riesgo que supone para los que las ejercen (construcción) o bien por el riesgo que supone para aquellos en los que recaen sus servicios (medicina, circulación de vehículos a motor); la comisión de delitos en los que se producen daños a la integridad de las personas; actividades deportivas de riesgos; los accidentes domésticos, etc. Estos y otros han dado lugar a un aumento de los daños personales. Los accidentes de circulación, el medio laboral y los delitos contra las personas son los ámbitos en donde la litigiosidad sobre reclamación de



indemnización es alta, y va en aumento progresivo.

A pesar de que la reparación del daño es casi tan antigua como el Derecho mismo, en los últimos 40 años el Derecho de la responsabilidad civil ha evolucionado muchísimo, fenómeno éste debido a razones de índole práctica y directamente relacionadas con el desarrollo y evolución tecnológica e intelectual.

El daño a la persona o daño corporal o daño a la salud se ha convertido en el gran tema del Derecho de daños y ello está generando una copiosa bibliografía. La falta de un criterio jurisprudencial uniforme en el ámbito nacional, que permita ajustar las indemnizaciones a parámetros razonables en las sentencias judiciales, ocupa y nos preocupa a todos los operadores del sistema (tribunales, abogados, aseguradoras, etc.). Diariamente se pone de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia cómo en la valoración del daño a la persona tiene una importancia evidente el tema de la seguridad jurídica[2]. Como consecuencia de una excesiva pluralidad de criterios o de una indeseable discrecionalidad judicial, la certeza del Derecho puede padecer serios quebrantos. La necesidad de atender las especialidades o particularidades de cada caso

concreto, que requiere una cierta discrecionalidad en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de los daños que han de repararse, no puede convertir el supuesto de hecho en una lotería que dependa de las ideas del juzgador al respecto, de la calidad de los informes médicos presentados a su consideración, o del territorio donde se produzca el pronunciamiento.

Una excesiva oscilación de criterios en la valoración de los daños hace difíciles o casi imposibles en la práctica los arreglos amistosos, con el consiguiente incremento de la litigiosidad en la materia, que está llevando a los tribunales a una situación angustiosa de sobrecarga de trabajo, pues cada una de las partes tiene la esperanza de que, introduciéndose en la rueda de la fortuna que puede suponer un procedimiento judicial, sin bases certeras para la determinación de la indemnización, habrá de obtener un resultado más favorable que llegando a un acuerdo amistoso.

Entendiendo la responsabilidad civil como la piedra angular del derecho, porque representa la clave que garantiza la seguridad de las personas respecto a los daños y perjuicios que pueden sufrir por las conductas

o actividades que vulneran sus derechos y por los riesgos y peligros a los que todos estamos expuestos al vivir en una sociedad cada vez más plagada de conductas y actividades que los generan, una vez producido el daño, se hace derivar de la culpa en que haya incurrido el agente de la acción u omisión que merece la calificación de ilícito civil. El resultado dañoso para un tercero y la actuación u omisión culposa del agente son presupuestos necesarios de generación de la responsabilidad extracontractual.

De esta manera la responsabilidad civil se consagra como una de las materias más vivas del Derecho Civil en este momento[3], que ha dado lugar incluso a la creación del Derecho de daños, que ha provocado la evolución en los últimos años de los principios clásicos de la responsabilidad civil, culpa y riesgo, y que tiene como función prevenir los comportamientos antisociales, determinar las indemnizaciones de las víctimas y, fundamentalmente, garantizar los derechos de los ciudadanos.

II. El Derecho de daños y su análisis

La responsabilidad es una de las ideas y conceptos nucleares del Derecho que se muestra fuertemente entroncado en la aplicabilidad y despliegue de la norma jurídica desde sus inicios y orígenes. Al margen de consideraciones sobre otros antecedentes y sobre su común desarrollo en el ámbito penal, ya que no podía hablarse todavía de responsabilidad civil diferenciada y determinada sino más bien de «*modulador social de la venganza*» (Código de Hammurabi, Talión...), podemos afirmar que la primera base sobre la que se asentó la noción técnico-jurídica de responsabilidad en parte aún vigente en la actualidad la aportó el Derecho Romano. Dicha noción no era aún dogmática o sistemática para todo caso, sino más bien pragmática, concebida caso a caso (propio de la flexibilidad y adaptabilidad de la jurisprudencia clásica romana) fundada en la idea de «*alterum non laedere*» o lo que es lo mismo, «*no dañar al otro*», aun cuando dicho daño no fuera apreciable como «*crimen*» o «*delictus*», pues estaríamos hablando de una conducta asumible como ciudadanos. Trasluce, por tanto, el valor de la alteridad individual como bien protegible no tanto interés superior del soberano o social del pueblo como particular propio de cada persona. A este respecto la *Lex Aquilia* de «*Damno lure*» constituyó un eje fundamental, situando la culpa y el concepto de lo injusto como su elemento revelador ya

que determinaba el origen de la responsabilidad y las distintas acciones de *iurisdictio* de la que podían valerse. Así, en el Digesto afirmaba que era injuria «*el daño ocasionado con culpa incluso por aquel que no quiso dañar*» (Digesto de Justiniano 9.2.5).

De otro modo, todos hemos causado o sufrido un accidente en algún momento de nuestra vida. En la mayoría de las ocasiones, una vez causado el accidente, hemos comprobado que alguien (el causante, la víctima o un tercero) podría haber hecho algo para evitarlo o reducir su gravedad: ser más precavido, hacer lo que no hizo o no hacer lo que hizo. En función de la gravedad del accidente y de lo que costaría haberlo evitado el ordenamiento impone la obligación de reparar. La comunidad acude al Derecho para decidir si la víctima ha de cargar con el daño que ha sufrido o si este daño puede ser imputado a su causante.

Supongamos que dos personas se ven implicadas en un accidente y que la parte perjudicada intenta recuperar los daños originados por el causante. El primero realiza una actividad, por ejemplo, circular por la carretera, y la víctima realiza otra relacionada con ésta, por ejemplo, cruzar la calle. El causante puede adoptar diferentes niveles de precaución al llevar a cabo su actividad: puede respetar o no la velocidad máxima permitida, puede observar con más o menos atención la circulación y puede mantener en mejor o peor estado su vehículo. La víctima, a su vez, puede también adoptar diversos niveles de cautela: puede cruzar la calle por un paso de peatones o hacerlo imprudentemente y puede observar las dos direcciones de la calzada antes de cruzar y asegurarse de que no se acerca ningún vehículo. Si el accidente finalmente se produce, el relato de los hechos demostrará que alguien no hizo lo que debía o, en el peor de los casos, no estaba donde le correspondía en el momento oportuno.

El Derecho de daños contribuye a reducir los costes de los accidentes decidiendo quién ha de cargar con sus consecuencias. Emprende, así, la difícil tarea de evitar o reducir las consecuencias de los accidentes por el procedimiento de imputar sus consecuencias a alguno de sus responsables. Es una tarea compleja, que puede ser muy fácil en algunos casos, pero muy difícil en otros, como bien muestran los casos siguientes:

A) El primero es el resuelto por la STS, 1ª, de 26.9.1997 (Ar. 6458). La víctima, una mujer de edad madura, se sometió a principios de año 1984, a una operación de extirpación de un quiste ovárico en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. Un tornillo minúsculo (4x3 mm.) se soltó de uno de los aparatos empleados durante la intervención. Ni el cirujano ni sus ayudantes se percataron de ello y la presencia del tornillo en el abdomen de la víctima fue detectada casualmente tiempo después en unas radiografías practicadas con motivo de un accidente doméstico. En junio de 1987, operaron de nuevo a la actora para retirarle el tornillo que, tras más de tres años en el interior de la víctima, se había adherido al útero. Fue preciso practicar una histerectomía. La víctima demandó al cirujano de la primera intervención y al Instituto Nacional de Salud (INSALUD) del que dependía. En la demanda solicitaba una indemnización de 60.000 euros, que le fueron concedidas por la primera instancia. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo desestimaron el recurso presentado por el INSALUD.

Cinco años después, en la STS, 1ª, 29.11.2002 (Ar. 10404), la Sala Primera del Tribunal Supremo volvió a resolver un caso similar. En esta ocasión, un hombre de 34 años hubo de ser intervenido de nuevo tres meses después de una operación en la médula espinal porque el cirujano había olvidado una gasa alrededor de la columna vertebral del paciente. Las adherencias y la

segunda operación dejaron a la víctima incapaz para sus ocupaciones habituales. En la demanda, que fue desestimada por las instancias, se solicitaban 240.404,84 euros. Finalmente, la casación concedió al demandante 120.000 euros, la mitad de la indemnización solicitada.

Ambos son casos claros de negligencia y en los que la víctima nada pudo hacer para evitar el daño que finalmente sufrió. Es intuitivo suponer que la decisión de los magistrados de nuestro Tribunal Supremo es correcta.

El siguiente caso plantea más dificultades para identificar a los responsables de los daños sufridos por la víctima y concretar las medidas que podrían haberse adoptado para evitarlos.

B) Una mañana del mes de marzo de 1992, la víctima esperaba la llegada del Metro en la estación de la calle Rocafort de Barcelona. El convoy llegó, abrió las puertas y la desordenada muchedumbre que esperaba en el andén se abalanzó hacia el interior de los vagones. Empujada por el resto de viajeros, la víctima cayó al suelo y sufrió lesiones de gravedad por las que reclamó un total de 37.743,55 euros a la entidad «Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA», gestora del servicio público de transporte por metro en la ciudad de Barcelona cuando se produjo el accidente. La



Audiencia Provincial estimó el recurso de la víctima contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la primera instancia y concedió una indemnización de 28.518,02 euros con cargo a la entidad demandada. La STS, 1ª, de 3.12.2001 (Ar. 9856), que puso fin al proceso, desoyó los argumentos de «Ferrocarril Metropolità» y convalidó la condena decidida por la Audiencia de Barcelona.

C) El tercer caso que se presenta manifiesta las dificultades de atribuir responsabilidades al titular de una organización por los daños causados por un tercero ajeno a su ámbito de influencia. Se trata del caso finalmente resuelto por la STS, 1ª, de 1/4/ 1997 (Ar. 2724). La demandante entró en el local que albergaba un cajero automático de la entidad bancaria demandada. El seguro de la puerta estaba roto y un atracador, que estaba al acecho, entró en el local cuando la víctima ya había tecleado el número secreto de su tarjeta de crédito. Forcejearon y el atracador sacó una navaja con la que hirió a la actora. La víctima reclamó 90.152 euros a la entidad bancaria titular del cajero automático. En primera instancia, su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de la víctima.

En ocasiones, quien causa el accidente es su víctima. En otras, el responsable nada tuvo que ver con el accidente que motiva finalmente su responsabilidad. En algunas, la víctima carga con las consecuencias del daño que sufre. La imputación de daños no depende siempre del relato causal. Así lo confirman los casos siguientes.

D) La STS, 1ª, de 31.12.1997 (Ar. 9195) condenó a la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) por la muerte de dos menores de edad quienes, durante las fiestas mayores del pueblo de Manzanares (Madrid), jugaban con sus compañeros a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado varias veces los hechos al Ayuntamiento de Manzanares que había ordenado vigilar la zona durante unas horas al día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el

primero, cuando un Tren Expreso que circulaba a 130 km/h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron únicamente a RENFE y al Ayuntamiento a pagar 36.061 euros a cada uno de los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la compañía ferroviaria. La actividad de los jóvenes, en absoluto justificable, era conocida y debían haberse adoptado todas las medidas necesarias, incluso la parada del convoy a su paso por el pueblo, para evitar daños como el que sucedió.

E) El demandante en el proceso que resolvió la STS, 1ª, de 10.10.1998 (Ar. 8371) era un trabajador de una empresa de productos congelados a quien una máquina termoselladora le amputó la mano derecha. Inmediatamente después del accidente, la enfermera de la empresa acudió al lugar de los hechos para atender al trabajador, cortó la hemorragia e instruyó a un compañero del trabajador para que envolviera la mano traumáticamente amputada en hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, el compañero de la víctima metió la mano amputada en una caja de porexpan llena de dióxido de carbono sólido, comúnmente conocido como hielo seco, de las que utilizaban para el transporte de productos congelados, pues pensaba que procuraría una mejor conservación de la mano. Cuando la víctima fue ingresada en el centro sanitario los tejidos de la mano amputada estaban destruidos por congelación y no fue posible practicar el implante. El trabajador quedó manco de por vida y demanda a la empresa y a la enfermera de la misma por no haber comprobado cómo se trasladó la mano amputada al hospital. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la concesión de 120.202 € que el demandante reclama, pero el Tribunal Supremo condenó a la enfermera a pagar una indemnización de 9.015 euros. La enfermera no fue del todo diligente y es responsable de la pérdida de las expectativas de un reimplante exitoso.

F) Un último caso que muestra la complejidad creciente de imputar las consecuencias de un accidente es el resuelto por la STS, 1ª, de 17.10.2001 (Ar. 8639). Un joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego y cuando cruzaba un desfiladero de especial dificultad, el «Paso del Embudo» en el término municipal de Murillo (Zaragoza), cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto. Poco después, el padre de la víctima demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales posteriormente archivadas. En el pleito civil, las sentencias de las instancias desestimaron la demanda. Igual suerte corrió el demandante en casación.

«El derecho de daños persigue que cada cual cargue con sus responsabilidades y que sus actividades no repercutan negativamente en los demás más allá de lo que la comunidad considera tolerable»

Como puede fácilmente deducirse, el derecho de daños funciona a través de reglas de responsabilidad que responsabilizan a los causantes del daño de los perjuicios sufridos por las víctimas. La responsabilidad depende del cumplimiento de determinadas condiciones relativas; entre otras, a i) la conducta del causante; ii) la relación de causalidad entre la conducta y el daño; iii) la imputación objetiva del resultado y, eventualmente y iv) la naturaleza del daño.

Básicamente, el derecho de daños persigue que cada cual cargue con sus responsabilidades y que sus actividades no repercutan negativamente en los demás más allá de lo que la comunidad considera tolerable. Cuando los potenciales causantes asumen los costes de los perjuicios que causan tienen incentivos para adoptar las medidas de precaución necesarias para evitarlos. Se trata, en definitiva, de minimizar las influencias negativas que la actividad de una persona pueda tener en el bienestar de los demás.

Si descendemos ahora a la realidad, después de estas reflexiones a modo de *«desideratum»*, comprobamos que, en España, el derecho de daños está fragmentado en cuatro regulaciones materiales, cuatro regulaciones procesales y cuatro jurisdicciones competentes.

Así, y aunque la norma básica del derecho español de daños es el artículo 1.902 del Código Civil, existen reglas de derecho de daños en los artículos 109 a 122 del vigente Código Penal, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, a, los que se remite el art. 1.092 del Código Civil, en los artículos 24, 35, 61, 65 a 67 y 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en varias disposiciones laborales, especialmente en los artículos 42 a 54 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales; además de en muchas otras leyes especiales. Las reglas básicas, con todo, son las que inician las respectivas secciones o títulos de las leyes y códigos citados[4].

Un primer problema que plantea la multiplicidad de regulaciones consiste en que accidentes muy similares están sujetos a reglas materiales distintas y los litigios que se suscitan son conocidos por jurisdicciones también distintas que aplican reglas procesales diferentes.

Un segundo problema, muy relacionado con el anterior se plantea cuando un mismo accidente ha sido causado o sufrido por sujetos que acumulan más de uno de los criterios de distinción contemplados en la ley. Así, por ejemplo, es discutido si el trabajador que sufre un accidente puede, agotada la vía prevista por el derecho laboral, reclamar una indemnización de su empresario ante la jurisdicción civil. Pese a los esfuerzos del legislador por evitar este tipo de situaciones, sobre todo, en relación con las reclamaciones contra las Administraciones públicas y el personal a su servicio, perviven en la práctica de nuestro derecho muchas situaciones en que caben dudas razonables sobre el derecho aplicable y la jurisdicción competente.

En el derecho español de daños se suscitó hace varios años el problema al que se acaba de hacer

referencia. Nuestro derecho vigente prevé que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa, y con base en las normas administrativas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, puede condenar a una Administración a pagar una indemnización a la víctima del daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Sin embargo, no está previsto qué ocurre cuando la Administración titular del servicio público causante de daños contrata un seguro de responsabilidad civil y la víctima del daño acciona directamente contra la compañía aseguradora. Los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de 27.12.2001 y 21.10.2002, consideraron que es aplicable a RENFE el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pero que en los casos en que la víctima demande a RENFE y a su compañía aseguradora será la jurisdicción civil la que conozca del pleito. En la actualidad, el art. 9.4.2º y 3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por el Artículo Único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye a los Jueces y Tribunales de lo contencioso administrativo el conocimiento de: *«las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante ese orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».*



Asimismo, el art. 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, modificado por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que: *«el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...] e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».*

III. El Derecho de daños: ¿un derecho judicial?

La demanda de tutela judicial depende de la decisión que adopten las partes de un conflicto en relación a la manera de resolverlo. Los sujetos afectados por un conflicto jurídico se enfrentan a la disyuntiva entre confiar a los jueces y tribunales la resolución de su disputa o intentar alcanzar un acuerdo entre ellos mismos que ahorre los costes y las molestias de un litigio. Existe una relación de sustitución entre ambas posibilidades, el juicio y el acuerdo. Cuanto más se encarezca o dificulte una vía, más se abarata relativamente la otra, que resultará, por tanto, más atractiva. Por ejemplo, la decisión de presentar una demanda es más probable si existen abogados que cobran al demandante sólo si ganan el juicio y menos probable cuanto mayor sea el porcentaje de insolvencia del causante del daño. Las partes elegirán pactar o litigar en función de los incentivos que provea el sistema para una u otra cosa. Este conjunto de incentivos afecta al valor que las partes esperan obtener del acuerdo o del litigio y hacen a uno más o menos probable que el otro.

Los incentivos que el derecho español de daños proporciona a las partes de un conflicto (causante y víctima de un accidente) no favorecen la transacción de los conflictos. La pluralidad de derechos aplicables y de jurisdicciones competentes y la variabilidad de las indemnizaciones concedidas o convalidadas en casos similares dificulta que las partes puedan valorar la ganancia o pérdida esperada y los riesgos asociados a un litigio. Desaparece el marco de referencia de la transacción: cuánto ganaré (o perderé) si rechazo ahora

la oferta de acuerdo que ha formulado la contraparte. La tendencia es, por tanto, a sobrevalorar las posibilidades del pleito en detrimento del acuerdo privado. El Derecho de daños es, sobre todo y en el ordenamiento jurídico español, un derecho judicial: construido por las decisiones de los jueces y tribunales[5]. Efectivamente, son los jueces los encargados de establecer la reparación del daño producido y la cuantía económica de la indemnización. También los jueces tienen el problema de la discrepancia de criterios en relación con la interpretación de los resultados, por ejemplo, de la valoración médica y de su traducción económica, que conduce a que un mismo caso sea indemnizado con cuantías muy diferentes en función de quién sea el juez o tribunal que establezca la indemnización, lo que no deja de ser una posible lesión al principio de igualdad, que provoca una falta de confianza o seguridad jurídica por parte del demandado y demandante respecto a cuál va a ser la sanción económica, dada la imprevisibilidad de su cuantía.

Con todo, se echa todavía de menos un grado de definición jurisprudencial que permita al justiciable prever razonablemente las consecuencias legales de sus actos y que facilite el acceso al procedimiento más efectivo, esto es, aquel que proporcione más tutela, más disuasión de daños futuros, que suponga menos conflictividad potencial y que requiera menos costes de gestión.

Lo que parece incuestionable, objetivamente hablando, es que en nuestro derecho la regla general no es que quien sufre un daño tiene derecho a su compensación, sino que quien lo inflige habrá de indemnizarlo si y sólo si se dan determinadas circunstancias: la culpa, la realización de una actividad particularmente arriesgada o definida por la ley como fuente de la obligación de indemnizar, la suscripción de un contrato de seguro, etc.[6]

IV. Evolución del Derecho de daños: sus nuevas fronteras

1. La noción de daño puramente económico

Si uno lee la prensa económica, no es raro encontrarse con noticias referentes a casos de reclamaciones judiciales iniciadas por inversores descontentos contra compañías que han salido a bolsa, bancos de inversión, auditores o firmas de abogados, que han

prestado asesoramiento en las operaciones financieras causantes del daño a los inversores.

Estos casos de daños producidos por un mismo hecho dañoso a un número potencialmente elevado de personas, y desconectado de lesiones a bienes o derechos de la personalidad (vida, integridad física) o a la propiedad, constituyen la representación más clara de uno de los terrenos de mayor interés y de expansión del Derecho de daños actual. Y si el Derecho de Daños quiere seguir siendo un pilar básico de nuestro sistema jurídico, como mecanismo de regulación de conductas en la sociedad, es en terrenos como éste donde los sistemas de responsabilidad deben probar su eficacia.

Es, en concreto, la doctrina jurídica europea la que parece estar más atenta a este fenómeno, que se conoce con el nombre de «*daños puramente económicos*». Daño puramente económico sería todo aquel perjuicio distinto a un daño en la persona o propiedad de la víctima directa y distinto a las consecuencias económicas indirectas que la víctima directa sufre como efecto de la lesión en su persona o bienes. La regla, en nuestro derecho, rechaza, al menos presuntamente, la indemnización del daño sufrido por la víctima si éste es puramente económico, es decir, no se trata de un daño definible como el impacto económico directo de la lesión en la persona de la víctima o en su propiedad o como las consecuencias económicas indirectas que sufre la misma.

Tal concepto de daño económico, así como la regla que excluye su compensación, son creaciones del *Common Law*. A mi juicio, y sin que ello signifique perder de vista esta construcción jurídica en ciernes, el concepto en cuestión se basa en una errónea comprensión de la importancia de la naturaleza del daño y del papel de los intereses protegidos a la hora de establecer los límites de la responsabilidad. Además, los contornos del mencionado problema, incluso desde una perspectiva estrictamente jurídica, son extremadamente contingentes y variables, y están fuertemente correlacionados con reglas particulares de un sistema jurídico concreto. Y esto da a la noción un carácter de oportunidad, carente, en apariencia, de rigor teórico.

2. El daño moral: enfoque económico

En economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del

individuo dañado. En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad que tiene importantes consecuencias legales. El análisis económico del derecho integra entonces los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales que se expone a continuación[7].

En el marco de esta teoría, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar.

Es evidente que un suceso dañoso puede provocar daños de ambas clases y es normal que así suceda. De estar en el caso, nadie diría que le es indiferente sufrir el accidente y ser compensado que no sufrirlo. La indemnización de los daños patrimoniales no basta para restaurar la situación de utilidad anterior al evento dañoso. La pregunta, entonces, del derecho de daños en materia de daño moral es si la indemnización de daños y perjuicios debe servir para tratar de compensar esta pérdida de utilidad sufrida por la víctima de un daño moral, no patrimonial.

La pregunta que nos hacemos es pertinente, ya que, en numerosas ocasiones, según hemos constatado, y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar. La etiqueta de «*daño moral*» permite aligerar la tarea de valorar los daños: se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales y, como muy significativas: STS, 2ª, 8.5.1996; STS, 3ª, 20.7.1996;



STS, 3ª, 17.4.1997; STS, 3ª, 20.1.1998; STS, 3ª, 21.4.1998; y STS, 3ª, 13.10.1998.

Esta presentación del daño patrimonial bajo el ropaje del daño moral es particularmente visible en los casos de reclamación por lucro cesante, es decir, de ganancias que, con mayor o menor grado de probabilidad, la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión sufrida. Es cierto que el lucro cesante puede resultar una tarea ardua de cuantificar, pero también es innegable que, por definición, es reemplazable por dinero.

¿El Derecho tiene que resarcir el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se hayan podido infligir a la víctima? A mi juicio, estos «*estados del espíritu*» constituyen el contenido del daño en tanto en cuanto, previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Así pues, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos; éstos

serán resarcibles en la medida que sean consecuencia de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico[8].

En cualquier caso, la complejidad del estudio sobre el daño moral reside en su reparación, esto es, en la admisibilidad de indemnización de daños, si bien hay que reconocer que hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la posibilidad de indemnización del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho Privado.

En España la práctica totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice DE CASTRO «*el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general*»[9]. Por

su parte, HERNANDEZ GIL utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón[10].

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetarizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que lo compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

El pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño patrimonial cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, si bien para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquellas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados. Tal es la tesis sostenida en nuestra doctrina por DE CASTRO Y BRAVO.

Mi posición es que el daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar

en la esfera de actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y, más aún, que ese dolor que el daño provoca «no tengan precio», no significa que no sean susceptibles de una apreciación económica. Está claro que la apreciación económica no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalencia en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, etc. La apreciación económica cumple, más bien, un papel de satisfacción, en el sentido de que se repara el mal causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas[11].

Pero ¿se puede poner precio al dolor? ¿No se degradan los sentimientos humanos indemnizando el daño moral? Quienes así piensan están convencidos que constituye una inmoralidad la entrega de una suma de dinero a la víctima en concepto del daño moral sufrido, pues dicha inmoralidad subsistiría cualquiera que fuese la finalidad que se atribuyere al pago de dicha suma de dinero.

Es necesario puntualizar que, si se está de acuerdo que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta a bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el «*quantum*» indemnizatorio. Pero, atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado: sólo la culpa, negligencia o imprudencia o el dolo, es decir, el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, si bien no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo, como el riesgo creado.

Desde luego, reconozco que no resulta posible sentar un criterio apriorístico, pero perfectamente la reparación del daño moral puede revestir, y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcimiento para la víctima y de sanción para el agente del ilícito,

de modo que se conjugue a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su persona, etc.) y la naturaleza sancionatoria o punitiva de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de previsión de las consecuencias del hecho ilícito, su posición económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc.), y ello pese a la muy mayoritaria doctrina de hacer coincidir el objeto del daño moral con el daño extra-patrimonial, es decir, se hace reemplazar el bien moral quebrantado por otro que proporcione satisfacciones semejantes. Función que se realiza mediante una medición del bien moral quebrantado y del otro bien que intentará reemplazarle, es decir, otras satisfacciones nuevas que tratan de compensar anteriores sensaciones desagradables, sirviendo normalmente, ante la falta de equivalente -ya que no se puede reponer el derecho moral infringido-, la compensación económica. Por ello, la indemnización compensatoria tan sólo podrá cumplir su función de alivio para intentar compensar perjuicios inmateriales, pero que pueden adquirirse económicamente (bienestar, tranquilidad, etc.), o bien proporcionar ventajas inmateriales que ayuden al lesionado a superar el daño. El propio Tribunal Supremo (STS de 6 de junio de 1990) sostiene que el verdadero daño moral (que es aquel que no implica, al tiempo de producirse, una lesión de carácter económico), impide hablar de reparación, que no cabe sino indemnización compensatoria, por la vía de la sustitución. Así, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 21 de junio de 2001, en la que, sobre el daño moral, dice que: *«evidentemente, la estimación de los daños morales no puede supeditarse a que se den pruebas positivas de haber concurrido lucro cesante, sino que, en una progresiva interpretación de su concepto y dimensión, ha de llevarnos a superar estados jurídicos cerrados, en búsqueda de la más justa solución a la cuestión en debate, por ello, aunque se dé carencia de probanzas directas de los daños morales, no pueden supeditar ni impedir su valoración y acogida por los Tribunales de Justicia (...). En el caso de daño moral procederá su indemnización -que ha sido fijada- aun no probada la existencia de perjuicio económico... la indemnización por perjuicio económico existe una vez que el mismo resulte acreditado, a diferencia y en contraposición al supuesto de daño moral».*

Así pues, la reparación del daño moral, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino de indemnización compensatoria por vía de sustitución[12].

3. La reclamación del daño futuro

¿Hasta qué punto -y en qué condiciones- puede reclamarse un daño que se espera que manifieste sus efectos en un futuro más o menos inmediato? Esta pregunta, simple en apariencia, encierra una gran complejidad al enfrentar, en no pocas ocasiones, razones de justicia material y de economía procesal, con exigencias procesales relacionadas con la necesidad de que se acredite la existencia del perjuicio que se reclama y de evitar eventuales enriquecimientos injustos. Es, en estas coordenadas concretas, en las que cabe situar la problemática relativa a las pretensiones de condena de futuro, concretadas en la reclamación de perjuicios que, si bien no se han sustanciado aún, resulta previsible, que se manifiesten en un futuro.

En estos casos, la exigencia procesal de que los daños que se reclamen concurren efectivamente en el momento en que se formule la reclamación lleva, generalmente, a desestimar las pretensiones relacionadas con la compensación de daños que aún no se han manifestado, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a la parte -siempre que no haya renunciado a dicho derecho o sea objeto de cosa juzgada- a reclamar posteriormente estos daños, si, finalmente, llegan a materializarse. En este sentido, y con carácter general, puede señalarse, primero, que no cabe la reclamación judicial de perjuicios de posible, aunque no seguro, acaecimiento, resultando, consecuentemente, contraria a derecho toda condena de futuro dictada en previsión de un daño que no se sabe si llegará o no a producirse, y en segundo lugar, que los daños que se reclaman deben concurrir en el momento de interponer la demanda, sin que resulte aceptable, con carácter general, y so pena de dar lugar a indefensión, plantear la reclamación de daños distintos y adicionales a los

que inicialmente fueron objeto de demanda y contestación y conformaron, en consecuencia, el objeto de la controversia judicial. Lo anteriormente señalado, en cualquier caso, viene exceptuado por lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que permite solicitar una sentencia que englobe las cantidades devengadas con carácter periódico a favor del actor antes, durante y con posterioridad a la finalización del procedimiento.

Aun cuando son muchas las aplicaciones concretas de este precepto, el mismo ha demostrado una singular eficacia en reclamaciones de conceptos como: rentas arrendaticias y cantidades asimilables; gastos y cuotas de comunidad; incrementos de consumo y gastos de mantenimiento de devengo periódico derivados de deficiencias constructivas; costes médicos y asistenciales derivados del tratamiento de secuelas crónicas en supuestos de lesiones; gastos de realojamiento; ingresos de devengo periódico dejados efectivamente de percibir como resultado de la compensación de daños que aún no se han manifestado; e intereses.

No resulta desacertado, en este orden de consideraciones, conceptualizar el artículo 220 de la LEC como una auténtica excepción a la regla general de prohibición de las condenas de futuro en nuestro ordenamiento jurídico, basada en principios de economía procesal y criterios de evitación de juicios reiterados sobre una obligación predeterminada, con la que el legislador ha venido a dar respuesta a una realidad socio-jurídica presente en los últimos años en nuestros Tribunales, y que ha dado lugar a una rica jurisprudencia, tanto a nivel de Audiencias Provinciales (SAP Barcelona 448/2004 -Sección 13ª- de 15 de junio; SAP Cádiz 17/2005 -Sección 4ª- de 2 de febrero; SAP Castellón 220/2004 -Sección 2ª- de 6 de octubre y SAP Madrid 72/2005 -Sección 21ª- de 15 de febrero) como del Tribunal Supremo (STS 15 de noviembre de 1.995) y del Constitucional (STC 194/1993, de 14 de junio).

V. Del Derecho de daños al derecho de resarcimiento

A modo de conclusión. Jurídicamente, el daño se ha ido convirtiendo en la figura central del Derecho de la Responsabilidad, construido ya a partir de la idea de garantía de la integridad de la esfera jurídica de la víctima más que sobre la culpa en la conducta del

responsable[13].

No se trata, por tanto, ni de encontrar un hecho ilícito ni de castigar una acción culpable, sino de garantizar la indemnidad del perjudicado, de donde se debe ser consciente de la evolución del Derecho de la responsabilidad al Derecho de daños y su evolución actual hacia el Derecho del resarcimiento.

Como dejamos ya anotado, en sentido amplio, daño es toda lesión, menoscabo o perjuicio que sufre una persona. Esta noción, sin embargo, no es todavía la que interesa al Derecho, que le añade la obligación de repararlo y le convierte en el concepto esencial e imprescindible de la responsabilidad. El principio ético de la no maleficencia será precepto jurídico «*alterum non laedere*» (no dañar a otro), cuando se le añade la garantía del resarcimiento del perjudicado.

En nuestro Derecho, el concepto y la amplitud del daño resarcible han experimentado una importantísima evolución, en gran parte ligada a las decisiones judiciales y marcada por la protección de la víctima, lo que ha propiciado que el «catálogo» de daños indemnizables se haya ido incrementando[14].

Así ha ocurrido con el daño corporal en general, el daño moral, y con las lesiones no económicas que conlleva, muy especialmente.

Recuérdese que en el Derecho Romano y en Las Partidas no se indemniza el daño corporal. Al tratar de los daños causados por los físicos y cirujanos, sólo se establecía la indemnización cuando el dañado era un siervo, no cuando la víctima era un hombre libre, cuya vida y su cuerpo, a diferencia de los esclavos, no estaban en el tráfico, no tenían precio; lo que llevaba a resarcir el daño corporal solo indirectamente, por sus consecuencias pecuniarias, o sea, los gastos realizados para obtener el restablecimiento y la recuperación y las rentas dejadas de percibir, incluidas las futuras si es que el daño implicaba la disminución de la capacidad para generar ingresos en el futuro. Pero no el daño moral[15].

En definitiva, en materia de responsabilidad civil, los desafíos de la sociedad y la convicción de que la víctima debe obtener una adecuada reparación y la

importancia de la prevención demuestran, día a día, la importancia de lograr una adecuación del derecho a los hechos.

Referencias:

- [1] DÍEZ-PICAZO, L., «La responsabilidad civil hoy», en ADC 1979, pp. 732 y 733.
- [2] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia una interpretación más objetiva del art. 1.902 del Código Civil a partir de la STS de 29 de noviembre de 1967.
- [3] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Lecciones sobre responsabilidad civil», Universidad de Deusto, Bilbao, 1980.
- [4] La STC 98/2004, de 25 de mayo, en su F. J. 7, dice: «*la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12 y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos*».
- [5] GARCÍA SERRANO, F., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», ADC, 1972.
- [6] DE CASTRO Y BRAVO., «Temas de Derecho Civil», Madrid, 1972. También, LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones», Trivium, Madrid, 1993.
- [7] GÓMEZ, F., «La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del derecho», 2003, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Civitas, Madrid.
- [8] ÁLAVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», ADC, 1966. También, GARCÍA SERRANO, F., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», ADC, 1972.
- [9] DE CASTRO Y BRAVO, F., Temas de derecho Civil, Madrid, 1972.
- [10] HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de Obligaciones,

CEURA, Madrid, 1983.

[11] Por ejemplo, STS de 20 de febrero de 1981: «*la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios que se hubiesen irrogado por razón de la infracción cometida, tanto al agraviado como a su familia o a un tercero, debe de atender no sólo a la reparación de los daños y perjuicios eminentemente materiales, ni se reduce sólo a la satisfacción de los menoscabos económicos consistentes en un daño emergente o en lucro cesante, sino que se comprende también los daños morales, entendiéndose por tales aquellos que aminorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas, como los constituidos por el simple dolor moral, aunque no trascienda a la esfera patrimonial propiamente dicha*».

[12] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Perjuicios morales y de disfrute o placer», en RES, julio/septiembre de 1993.

[13] DÍEZ-PICAZO, L., «Derecho de Daños», Civitas, 1999.

[14] IZQUIERDO TOLSADA, M., «El perturbador artículo 1.902 del Código Civil: cien años de errores», Centenario del Código Civil, vol. II, Madrid, CEURA, 1990.

[15] REGLERO CAMPOS, L. F., Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi 2008.