

Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual al Codi Civil de Catalunya

MIQUEL MARTÍN-CASALS

Catedràtic de Dret Civil

Institut de Dret privat europeu i comparat, Universitat de Girona

SUMARI

I. LA NECESSITAT D'UNA REGULACIÓ ACTUAL DE LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL	2
1. Terminologia.....	5
2. Sistemàtica interna.....	6
2.1 Part general i parts especials: s'han d'incloure en el Codi tots els règims especials?	6
2.2 Regulació unitària v. regulació diversificada: l'exemple dels danys a les persones i dels danys a les coses	9
3. Sistemàtica externa	11
3.1 Articulació amb altres parts del dret d'obligacions	11
3.2 Articulació amb altres parts del Dret privat.....	19
II. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A UNA REGULACIÓ DE LA MATÈRIA	21
1. La norma fonamental	21
2. El dany rescabable.....	23
3. La relació de causalitat	25
3.1 La distinció entre causalitat (causalitat de fet) i abast de la responsabilitat (causalitat de dret o imputació objectiva)	25
3.2 La causalitat de fet i alguns problemes creats per la incertesa.....	26
3.3 L'abast de la responsabilitat (imputació objectiva) i criteris	29
4. Els criteris d'imputació subjectiva (fonaments de la responsabilitat).....	31
4.1 Responsabilitat per culpa	33
4.2 Responsabilitat per activitats "anormalment perilloses": clàusula general de responsabilitat objectiva v. supòsits específics.....	36
4.3 La responsabilitat per fet aliè.....	38
5. Les causes d'exoneració, en especial la concurrència de culpa de la víctima	40
6. La concurrència d'una pluralitat de causants del dany: solidaritat absoluta?.....	45
7. Indemnització de danys	49
7.1 Dany patrimonials i morals. Dany "per se"?.....	49
7.2 Principis bàsics	50
7.3 Danys patrimonials	51
7.4 Danys morals: Clarificació de la tipologia de danys morals.....	51

I. LA NECESSITAT D'UNA REGULACIÓ ACTUAL DE LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL

En les darreres dècades la responsabilitat extracontractual ha adquirit una importància cabdal tant a l'Estat espanyol com en els països del nostre entorn. A Espanya una quarta part del casos decidits per la Sala Primera del Tribunal Suprem versen sobre la matèria. En l'àmbit internacional s'ha produït un moviment de reforma, el qual no es limita als treballs d'harmonització europea —com ara els *Principis de Dret europeu de la responsabilitat civil* (en endavant, PETL)¹ o a les regles de responsabilitat extracontractual contingudes en el Marc Comú de Referència (en endavant, DCFR)²— o als treballs d'harmonització nord-americana —amb la posada al dia dels *Restatements*³. Diversos legisladors nacionals ja han dut a terme una reforma de la seva regulació o es troben en la fase d'elaboració d'esborranys, Avantprojectes, Projectes o Proposicions de Llei. Entre els primers cal destacar la tímida reforma duta a terme pel legislador alemany l'any 2002⁴ i la més recent del legislador xinès de 2009, la qual ha entrat en vigor el passat 1 de juliol⁵. Entre els darrers, al

¹European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien / New York, Springer, 2005. Existeix traducció espanyola a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil: texto y comentario*. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Europeo y Comparado (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, Aranzadi-Thomson: Cizur Menor, 2008.

²Christian von Bar / Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich, Sellier, 2009, 6 vols., vol. 4.

³The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Products Liability*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1998. The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability, §§ 1-End*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000 i The American Law Institute, *Restatement (Third) of Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Vol. 1, §§ 1 to 36*, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010. Les remissions que en el text es fan al *Restatement*, sense cap mena de precisió ulterior, s'han d'entendre referides al volum publicat l'any 2010, és a dir, a la darrera de les obres esmentades en aquesta nota.

⁴Vegeu per tots, Pierre Bahr, *Reform des Schadensersatzrechtes*, [S.L], Grin, 2002 i Egon Lorenz (Hrsg.), *Das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, Karlsruhe Forum 2003, Karlsruhe, VVW, 2004. Entre nosaltres, Albert Lamarca Marqués / Sonia Ramos Gonzalez, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de daños*, InDret 3/2002, Working Paper núm. 96, Barcelona, juliol, 2002.

⁵El text en anglès es pot consultar a http://www.procedurallaw.cn/english/law/201001/t20100110_300173.html (Data de consulta: 26.08.2010). En relació a l'elaboració de treballs preparatoris d'aquesta Llei vegeu Gert Brüggemeier / Zhu Yan, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz: Text und Begründung . Ein Beitrag zur internationalen Diskussion um die Reform des Haftungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

costat de l'Avantprojecte suís de 2000 —ja decaigut definitivament l'any 2009⁶— i dels projectes austríacs actualment en fase de discussió⁷— cal afegir la Proposició de Llei presentada en el senat francès el passat mes de juliol⁸. A l'Estat espanyol, en canvi, la *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*⁹ no s'ocupa de la responsabilitat extracontractual, si bé en la seva regulació de la part general d'obligacions s'hi pot trobar alguna norma fugitiva (cf. Art. 1122).

La regulació de la responsabilitat extracontractual constitueix una part important del futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya. D'una banda, perquè afectarà la vida quotidiana dels nostres conciutadans i, en principi, de tots aquells que pateixin accidents a Catalunya. D'altra perquè pot repercutir en la competitivitat de les nostres empreses i, en especial, del sector assegurador. Amb tot, una regulació pròpia no ha de ser motiu de preocupació per ningú. La diversitat de regles existents actualment en l'àmbit europeu no suposa, amb caràcter general, un entrebanc al mercant únic. L'única excepció, tal vegada, ha estat la responsabilitat en matèria de danys causats per productes defectuosos la qual, com és ben sabut, va donar lloc l'any 1985 a una Directiva amb el propòsit no d'unificar la legislació dels Estats membres sinó simplement d'harmonitzar-la. Més a més, en el moment actual, tot deixant de banda els grups privats que investiguen l'harmonització del Dret privat europeu, les iniciatives d'harmonització en matèria d'obligacions per part de la Unió Europea es troben encara en un estat molt embrionari i se centren en l'àmbit contractual. Per aquestes raons, no sembla probable —i després de Roma II¹⁰, enca-

⁶ El text de l'Avant-projecte així com totes les seves vicissituds fins a considerar-lo abandonat el 21 de gener de 2009 es poden consultar a http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html (Data de consulta: 26.08.2010).

⁷ Una breu introducció amb els textos corresponents en versió anglesa es pot consultar a l'apartat relatiu a Àustria de Helmut Koziol / Barbara Steininger, *European Tort Law 2005* i *European Tort Law 2007*, Wien/New York, Springer, 2006 i 2008, respectivament. Per a un comentari detallat al primer esborrany vegueu Irmgard Griss / Helmut Koziol / Georg Kathrein (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, Wien, Springer, 2007.

⁸ N° 657, Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010, enregistré à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, présentée par M. Laurent BÉTEILLE, Sénateur (<http://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>) (Data de consulta: 26.08.2010). La proposició de Llei havia estat precedida per un ampli informe: Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009, (<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html>) (Data de consulta: 26.08.2010).

⁹ Comisión General de Codificación, *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009.

¹⁰ Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* («Roma II»), DOUE L 199/40, 31.7.2007, p. 40-49.

ra menys—que existeixi un Dret de la responsabilitat extracontractual harmonitzat o uniforme en la pròxima dècada. Com succeeix en el països del nostre entorn, com ara Àustria o França, el moment actual també sembla un moment oportú per tal que Catalunya legisli sobre la matèria.

A diferència de altres branques del Dret civil, l'estudi de la responsabilitat extracontractual ha estat pràcticament inexistent a l'Estat espanyol fins èpoques relativament recents. La primera monografia espanyola important en la matèria, la de BORRELL I MACIÀ, és de 1942¹¹ i l'estudi aprofundit no es va iniciar fins els anys 60¹² del segle passat i no es va començar a consolidar-se fins els 80.¹³

El fet d'inspirar-se en les doctrines dels ordenaments jurídics del nostre entorn per a reconstruir l'ordenament jurídic propi s'ha donat d'una manera molt més marcada en el cas de la responsabilitat extracontractual, fonamentalment pel caràcter fragmentari de la regulació (pensem per exemple en les poques regles que conté el Codi civil espanyol) i per la manca de tradició doctrinal a l'Estat espanyol. Aquesta inspiració forana ha estat sovint *desordenada*, en el sentit que s'ha construït amb peces importades a l'atzar d'ordenaments jurídics diferents, en funció dels coneixements lingüístics de l'investigador i dels fons de les biblioteques a les quals hom aconseguia tenir accés, i a vegades *excessiva*, en la mesura que fins i tot s'han volgut importar doctrines que no s'adeien amb el sistema de responsabilitat extracontractual establert en l'ordenament jurídic espanyol. A la pràctica, la construcció de la matèria ha estat a càrrec de la jurisprudència, sovint confusa i poc reeixida fins a principis d'aquesta la passada dècada, la qual s'ha encarregat de desenvolupar regles i criteris no recollits expressament o simplement esbossats per la legislació.

Els treballs d'harmonització europea, com ara els PETL o el DCFR, ofereixen unes excel·lents contribucions doctrinals, amb solucions semblants entre sí en molts punts i divergents en d'altres, però que en cada cas formen un conjunt coherent i sistemàtic. Tot legislador actual, com a mínim europeu, sense fer-ne seguidisme, hauria de tenir en compte aquests treballs en l'elaboració de la regulació pròpia, adoptar les innovacions que calguin per a posar-la al dia i millorar-la i preservar aquelles solucions tradicionals que més s'adaptin al tarannà del seu país. En aquest sentit la recent Proposició del senat francès és exemplar, en la mesura que fa un in-

¹¹Antonio Borrell y Macià, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, Barcelona: Bosch, 1942. Hi ha una 2a. Edició de 1958.

¹²Amb obres com ara la de Jaime Santos Briz, *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962

¹³Amb els treballs, entre d'altres de Ricardo de Ángel (en especial, les seves *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978) y de Pantaleón.

tent de preservar enfocaments típicament francesos, com ara la regla del *non cumul*, de la *responsabilité pour fait des choses* o del tractament diferenciat dels danys a les persones i a les coses, amb innovacions, com ara la indemnització de les despeses preventives (cf. Art. 1385) o la vinculació del jutges en la indemnització de tota mena de danys corporals a una nomenclatura i a un barem actualitzat periòdicament que s'establiran per via reglamentària (cf. Art. 1386-28).

1. Terminologia

En una regulació catalana de la responsabilitat extracontractual caldria tenir especial cura en no apartar-se innecessàriament de les línies generals del sistema de responsabilitat extracontractual actual, i de clarificar el màxim possible les qüestions terminològiques i de sistemàtica, tant interna com externa.

En aquest camp els problemes terminològics comencen amb la denominació de la pròpia matèria. En les darreres dècades s'ha posat de moda referir-se a aquesta part de l'ordenament com a “Dret de danys”, terminologia excessivament ampla, atès que el dany és simplement un resultat que pot tenir un origen molt variat, com ara l'incompliment contractual o la comissió d'un delictes, i que en alguns codis, com ara l'alemany (cf. §§ 249 i ss BGB) té una regulació general molt detallada. També sovint hom es refereix a aquesta matèria com a “responsabilitat civil”, expressió d'un abast més reduït però encara massa ampla, atès que aquesta responsabilitat pot derivar de la infracció d'un vincle obligatori previ entre les parts (responsabilitat contractual)¹⁴ o de la conducta o activitat d'una persona que causa danys a altres amb els quals no té un lligam obligacional previ (responsabilitat extracontractual). Per aquestes raons, aquesta darrera expressió, la de “responsabilitat extracontractual”, també la més tradicional, sembla preferible d'entrada.¹⁵

Els problemes terminològics, però, no s'escapen aquí. Alguns han estat introduïts recentment per l'afany modernitzador del Tribunal Suprem espanyol, com ara emprar l'expressió “risc general de la vida” —expressió internacionalment reservada per a un dels criteris de determinació de la causalitat de dret (o “imputació objectiva”)— per a referir-se tant a aquest particular criteri d'imputació objectiva com al que més pròpiament és la regla *casum sentit dominus*, en el sentit de que qui pateix un dany és qui ha d'assumir les seves conseqüències, llevat que concorrin un conjunt de circumstàncies (els “pressupòsits de la responsabilitat extracontractual”) que determinin el seu “trasllat” a la persona que l'ha causat o a aquella que hagi de respondre per ella. O, la hipertrofia del concepte d’“imputació objectiva” quan des-

¹⁴ A la qual s'assimilaria la responsabilitat legal, és a dir, quan el vincle obligacional previ ve establert per una llei.

¹⁵ D'una manera semblant, el DCFR parla de “non-contractual liability”.

prés de fer el pas d'adoptar en el Dret espanyol la dualitat anglo-germànica de causalitat de fet i causalitat de dret (o imputació objectiva) —introduïda per PANTALEÓN fa ja dues dècades¹⁶—, el Suprem també fa servir l'expressió per a referir-se a tota una sèrie de situacions que exclourien o disminuïrien la responsabilitat del causant del dany, com ara l'assumpció del risc per part de la víctima o la concurrència de culpa de la mateixa¹⁷, que són alienes als criteris d'imputació objectiva reconeguts internacionalment i que sovint es corresponen millor amb causes d'exoneració total o parcial.

En altres casos caldrà consolidar conceptes ja existents però poc estesos, com ara la denominació de “responsabilitat vicària” per referir-se a aquella responsabilitat per fet aliè que no requereix que hagi incorregut en culpa el principal que respon pel seu auxiliar o dependent. També caldrà bandejar una terminologia la qual, amb l'afany d'afegir precisió, el que fa és augmentar la confusió (com ara “responsabilitat subjectiva-objectivada”, “responsabilitat quasi-objectiva”, etc.) o clarificar-la (p.ex. “responsabilitat per risc”).

Una bona orientació en aquesta depuració terminològica —amb les adaptacions més escaients a la llengua catalana— la proporcionaran els treballs d'harmonització, com ara els Principis europeus (PETL), el Marc Comú de referència (DCFR) i, fins i tot, els *Restatements* nord-americans.¹⁸

2. Sistemàtica interna

2.1 Part general i parts especials: s'han d'incloure en el Codi tots els règims especials?

Com és ben sabut, tant en la regulació espanyola com de la majoria dels països de l'àmbit continental europeu existeix una part general de la responsabilitat extracontractual, normalment continguda en els respectius codis civils, i una part especial o sèrie de règims específics de responsabilitat extracontractual continguts, per

¹⁶Fernando Pantaleón Prieto, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, a Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Tomo II, p. 1561-1591.

¹⁷ En aquest sentit, Juan Antonio Xiol Ríos, *La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, *Práctica de Derecho de daños*, Año VIII, N° 84, julio-agosto 2010, p. 6-30.

¹⁸ En aquest sentit és interessant observar com el *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* substitueix en l'encapçalament del seu Capítol 6 la denominació tradicional de la casualitat de dret com a *proximate cause* (causa pròxima) per la de *scope of liability* (abast de la responsabilitat), si bé manté entre parèntesi la denominació antiga. La referència a que amb aquest canvi de denominació se segueix també terminologia adoptada pels PETL que es troba ens els *Drafts* o esborranys no apareix, però, en la versió definitiva.

regla general, en lleis especials fora del respecteiu Codi. Cal mantenir aquesta estructura?

Cal destacar que aquests règims especials responen a situacions molt particulars i són molt diferents entre ells. Alguns són el resultat de textos internacionals o comunitaris, com ara els Convenis de Brussel·les de 29 de novembre de 1969, *sobre responsabilitat civil per danys deguts a la contaminació d'hidrocarburs*¹⁹ i de 17 de desembre de 1971, *sobre responsabilitat civil en l'esfera del transport marítim de substàncies nuclears*²⁰, o el Reglament (CE) núm. 2027/1997, del Consell, de 9 d'octubre de 1997, *sobre la responsabilitat de la companyies aèries en cas d'accident*²¹ o la coneguda Directiva 85/374/CEE del Consell, de 25 de juliol de 1985, *relativa a la aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en matèria de responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos*.²² Altres abasten l'ús de determinades energies, com ara la Llei 25/1964, de 29 d'abril, *reguladora de l'energia nuclear*²³, els accidents patits en determinats mitjans de transport, com ara el Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, *per el qual s'aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil y assegurança en la circulació de vehicles a motor*²⁴, o es refereixen als danys patits pels consumidors, com ara el Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, *pel qual s'aprova el text refós de la Llei General pera la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries*²⁵. Hom pot observar també com mentre que alguns d'aquests règims es refereixen a situacions molt específiques altres, com ara el cas de la responsabilitat per danys causats per productes i serveis defectuosos o per la circulació de vehicles de motor, tenen una àmbit d'aplicació molt ampli.

Per tant caldrà debatre quins d'aquests règims especials és convenient incorporar en la regulació de Llibre VI. En aquest debat s'haurà de tenir en compte entre d'altres aspectes, que el fet que una determinada regulació procedeixi d'una Directiva no altera el règim de distribució de competències dels Estats membres.

Tal vegada, d'entrada, el Llibre VI hauria d'incloure pocs règims especials, atès que cal actuar amb prudència i l'estructura de Codi obert que té el Codi civil de Catalu-

¹⁹ BOE núm. 58, de 8.3.1976, amb els seus successius protocols modificatius.

²⁰ BOE núm. 199, de 20.08.1975.

²¹ Diari Oficial núm. L 285 de 17.10.1997, p. 1-3, modificat pel Reglament (CE) núm. 889/2002, el qual incorpora, amb alguna reforma el Conveni de per a la unificació de certes regles per al transport aeri internacional, fet a Montreal el 28 de maig de 1999, a l'àmbit de la Unió Europea.

²² Diari Oficial núm. L 210 de 07.08.1985 p. 29-33.

²³ BOE núm. 107, de 04.05.1964.

²⁴ BOE núm. 267, de 05.11.2004, modificat per la Llei 21/2007, d'11 de juliol.

²⁵ BOE núm. 287, de 30.11.2007, p. 49181-49215.

nya permetrà incorporar sense massa dificultat els règims que calgui en qualsevol moment. En cas d'incloure'n un de sol, potser podria ser el de responsabilitat per productes i serveis, atès sobretot el deplorable estat en què ha quedat la regulació actual per la inexperta mà de qui, tot barrejant de manera maldestre la regulació dels danys causats per productes i serveis, en va fer la refosa l'any 2007. També sembla interessant escometre aquesta regulació per la possibilitat de delimitar, amb una regulació molt econòmica —en el sentit tècnic-legislatiu— i amb la deguda coordinació amb la part del Llibre VI referit als serveis, quins serveis queden subjectes a un regim de responsabilitat reforçat especialment per a protegir el consumidor, com ara fa l'art. 148 TRLGDCU en sotmetre a un “régimen especial de responsabilidad” (en realitat, un règim de responsabilitat objectiva) “los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”. Finalment, també semblaria recomanable regular aquest règim especial perquè, en relació als productes, la STJCE de 4 de juny de 2009 ha clarificat que el legislador nacional pot estendre la protecció que proporciona la Llei a totes les coses danyades per productes, amb independència que afectin a béns “objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” o no²⁶. En el fons això no suposaria cap novetat pràctica, perquè és el que ja fan els tribunals espanyols, si bé mitjançant una pràctica que és *contra legem*, atès que la Llei exclou la seva aplicació en aquests casos (cf. art. 129.1 TRLGDCU) i també contrària al criteri tradicional del Tribunal Suprem espanyol de no aplicar per analogia els règims de responsabilitat objectiva.

²⁶ *Asunto C-285/08 MoteursLeroySommer c Dalkia France y AceEurope*, en el qual el TJCE estableix que “La Directiva 85/374, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la interpretación de un Derecho nacional o a la aplicación de una jurisprudencia interna reiterada según las cuales el perjudicado puede solicitar la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso aportando únicamente la prueba del daño, del defecto del producto y de la relación de causalidad entre dicho defecto y el daño....En efecto, la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374...Puesto que la armonización realizada por la referida Directiva no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directiva no impide que un Estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad similar al que ella instaura”.

2.2 Regulació unitària v. regulació diversificada: l'exemple dels danys a les persones i dels danys a les coses

En molts ordenaments jurídics la protecció de les persones i de les coses no comporta l'aplicació sistemàtica de regles diferenciades. Certament, amb caràcter excepcional es poden trobar regles puntuals com ara l'expressada per la màxima de *the tortfeasor must take the victim as he finds him* (lliurament, la idea que el causant del dany ha d'acceptar que la víctima és com és), i segons la qual el causant del dany ha de respondre també del dany que deriva de una especial predisposició de la víctima (al·lèrgica, hemofílica, delicada del cor, etc.) i que no s'hauria produït si la víctima hagués estat “normal”. La regla no es dóna en el cas de danys a les coses on precisament les deficiències o vicis latents de les coses es tenen en compte per a disminuir l'import de la indemnització. Una altra regla que també diferencia entre danys a les persones i danys a les coses la trobem a la Directiva de productes, on el productor respon sempre dels danys causats a les persones, mentre que pel que fa als danys causats a les coses només respon, d'acord amb la Directiva, quan estiguin destinades a l'ús o consum del perjudicat i aquest hagi estat el destí que els hi hagi donat principalment.

Alguns ordenaments jurídics europeus, com ara el francès, estableixen en molts punts dos conjunts de regles molt diferenciades en funció de si el dany produït és un dany a les persones o a les coses, cosa la qual comporta una protecció dels danys personals superior a la que es dóna als danys a les coses. Així, per exemple:

- l'art. 1386-1 de la Proposició de Llei de reforma de la responsabilitat civil de 9 de juliol de 2010 preveu que en el cas de danys a les persones només s'apreciarà concurrència de culpa de la víctima quan aquest hagi incorregut en culpa greu.²⁷ Evidentment, aquesta regla general no es pot mantenir en cas de responsabilitat per productes perquè seria contrària a la Directiva.²⁸
- l'art. 1386-26, apartat segon, on en relació al deure de la víctima de mitigar el dany que ha patit, preveu que només es pot exigir en cas de danys no personals i disposa que en avaluar la indemnització a percebre per la víctima, el jutge ha de tenir

²⁷ “Art. 1386-1. - L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle.”

²⁸ “Art. 1386-50. - La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable”.

en compte si la víctima podia haver reduït l'abast del dany no corporal o evitar el seu agreujament.²⁹

- L'art. 1386-58 preveu que en cas d'accidents de circulació, la víctima rebrà la indemnització íntegra dels danys corporals patits, sense que hom li pugui oposar la seva culpa exclusiva, llevat d'actuació dolosa, es a dir, de que hagi perseguit intencionalment la producció del dany³⁰. Per la seva banda, l'art. 1386-59 afegeix que la concurrència de culpa de la víctima produeix l'exclusió o reducció de la indemnització, si bé només en relació als danys a les coses.³¹
- Finalment, la diferència de regulació entre danys personals i danys a les coses es troba també en la innovació que la Proposició formula en relació a la tradicional incompatibilitat d'accions contractuals i extracontractuals (regle del *non cumul*), la qual es proposa trencar excepcionalment en cas de danys personals, tant pel que fa al co-contractant, al qual se li obre la possibilitat de reclamar per la via extracontractual (art. 1386-17)³², com per al tercer aliè al contracte, al qual si la inexecució d'una obligació contractual li causa un dany, podrà optar per l'acció contractual, si bé "amb els límits i condicions qui s'imposen al creditor per a obtenir la reparació del seu propi dany" (art. 1386-18).³³

²⁹ «Art. 1386-26. - Le juge évalue le dommage au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter....»

«Il prend également en compte la possibilité qu'avait la victime, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son dommage non corporel ou d'en éviter l'aggravation.»

³⁰ «Art. 1386-58. - Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident. »

«Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi. »

³¹ «Art. 1386-59. - La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens. »

³² «Art. 1386-17. - Le co-contractant victime d'une inexécution contractuelle ne peut se soustraire à l'application des dispositions de la présente section. »

«Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le créancier ou le débiteur peut également obtenir réparation de ce dommage dans les conditions prévues dans la section II du présent chapitre. »

³³ «Art. 1386-18. - Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions de la présente section. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.»

«Il peut également obtenir réparation sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, en rapportant la preuve de l'un des faits générateurs mentionnés à la section II du présent chapitre. »

Una qüestió a debatre serà si cal adoptar una regulació diferenciada i, si aquests és el cas, en quins punts. Els PETL, ni en la seva gradació d'interessos protegits (cf. Art. 2:102 PETL) ni en la seva regulació estableixen una jerarquia diferent entres els danys a les persones ni una regulació diferenciada. Tampoc trobem una regulació general diferenciada en el DFCR, però sí alguna regla particular (p. ex. Art. VI-5:102 (2) (c) DCFR).

3. Sistemàtica externa

3.1 *Articulació amb altres parts del dret d'obligacions*

La regulació de la responsabilitat extracontractual planteja, en primer lloc, problemes de demarcació d'àmbits i de distribució de matèria amb altres parts del Dret d'obligacions.

A) RESPONSABILITAT CONTRACTUAL I EXTRA CONTRACTUAL

La primera demarcació que ve en ment és la relativa als respectius àmbits de la responsabilitat contractual i extracontractual, divisió fonamental a efectes pràctics, sobretot pel que fa als diversos terminis de prescripció que la regulació catalana ha acostat però no unificat (de 10 anys per a la contractual, ex art. 121-20 CCCat, i de 3 anys per a la extracontractual, d'acord amb l'art. 121.21d) CCCat). El criteri més estès en l'àmbit europeu és el de la concurrència d'accions³⁴, de tal manera que la víctima demandant pugui escollir el fonament que li sembli més favorable. La reticència tradicional de la doctrina francesa a aquesta solució s'ha basat en el temor a que el demandant, en poder escollir el fonament extracontractual, pugui escapolar-se de les limitacions que hagi acceptat en via contractual i que entren en les previsions de seu co-contractant (com ara una clàusula limitativa de la responsabilitat)³⁵. Per evitar aquest resultat, però, no és imprescindible adoptar la regla d'incompatibilitat d'accions sinó que és suficient limitar la concurrència quan es pugui donar una situació d'aquest tipus. En aquests sentit assenyala el DCFR que no es pot recórrer a la responsabilitat extracontractual "quan l'aplicació de les seves regles contradigui la finalitat d'altres regles de Dret privat" i que la responsabilitat extracontractual "no afecta els remeis existents amb base a altres fonaments jurídics" (cf. Art.- VI-103 (c) i (d) DCFR).

³⁴ Cf. von Bar/Clive, nota 2, p. 3122 i ss.

³⁵ Vegeu en aquest sentit el informe del Senat francès, cit. nota 8, p. 37 i ss.

B) COMPENSACIÓ, PREVENCIÓ I PUNICIÓ

La demarcació d'àmbits també pot plantejar el problema d'on regular determinades regles per a solucionar problemes que no són purament teòrics sinó que tenen transcendència pràctica.

La concepció tradicional veu en l'existència del dany l'alfa i l'omega de la responsabilitat extracontractual, és a dir, tant la seva raó de ser com els seus límits. Si no hi ha dany no hi ha responsabilitat extracontractual. Si n'hi ha, la mesura del dany és el límit indemnitzatori, del tal manera que no es poden imposar ni indemnitzacions supracompensatòries ni indemnitzacions que prenguin com a paràmetre qualsevol altre criteri que no sigui el dany patit per la víctima.

(a) Les “despeses preventives”

La primera qüestió que es planteja és si són rescabables en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual les despeses preventives, és a dir, les que s'han fet per evitar un dany. No ens referim aquí a les despeses preventives que s'hagin fet per a mitigar un dany ja produït. En aquest cas queda clar que qui pateix el dany per regla general té el deure d'adoptar les mesures raonables per tal d'evitar que s'agregui i que podrà reclamar al causant del dany l'import d'aquestes mesures. El problema que es planteja és si, d'acord amb les regles de la responsabilitat extracontractual, es poden reclamar les despeses preventives –també raonables– que s'han fet per a evitar un dany que finalment no s'ha produït. O dit tot curt, si hom pot reclamar la indemnització de les despeses preventives quan no hi ha dany.

La reacció més immediata és pensar que, tot essent essencial l'existència del dany per a l'entrada en funcionament de la responsabilitat extracontractual, la recuperació d'aquestes despeses s'hauria d'articular per mitja d' un conjunt de regles diferents, com ara les de la gestió de negocis alienes. Cal tenir present, però, que en aquest cas, a diferència del de gestió de negocis aliens, la persona que actua no ho fa amb el propòsit de beneficiar al causant del dany en potencia sinó amb la finalitat de beneficiar-se ella mateixa. També es podria pensar que les despeses preventives suposen un dany patrimonial pur (*pure economic loss*) la indemnització del qual es justificaria precisament per a evitar un dany més greu.

Sigui com sigui, tant els PETL com el DCFR inclouen en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual una regla referida a les despeses preventives, les quals es qualifiquen com a dany, i que haurà d'indemnitzar la persona que hauria estat responsable en cas de produir-se el dany, sempre que s'hagin fet per a evitar un dany

imminent i que hagin estat raonables³⁶. La reforma francesa també segueix aquest criteri en l'art. 1385.³⁷

(b) L'absorció dels guanys

La comissió d'un il·lícit civil a vegades no es limita a causar un dany a la víctima sinó que també produeix un guany al seu causant. És el que s'han denominat "il·lícits [civils] lucratiu" (*lukrativen Delikten, fautes lucratives*), els quals es donen, sobretot —però no exclusivament— en determinats àmbits, com ara en les intromissions en els drets de la personalitat, en la infracció de drets sobre béns immaterials, com ara els de propietat intel·lectual i industrial (patents, marques, etc.), en els supòsits de competència deslleial o en relació a danys al medi ambient.

En aquests casos, si la indemnització que ha de pagar el causant del dany es mesura exclusivament un funció de l'avaluació del dany patit per la víctima pot succeir que el guany obtingut superi l'import del dany efectivament produït, amb la qual cosa el causant del dany, un cop pagada la indemnització, retindria encara un benefici. Per tal d'evitar que la producció del danys sigui rentable (*tort does not pay*), cal establir regles que "absorbeixin" el guany obtingut amb la comissió d'un il·lícit civil i un dels temes més debatuts en l'àmbit europeu en els darrers anys és si l'absorció d'aquest dany suposa afegir noves funcions a la indemnització dels danys, como ara la punitiva, i per tant requereix la introducció d'una figura similar als *punitive damages* del Dret anglo-americà, o si encara es pot encaixar en la funció compensatòria-preventiva del Dret de la responsabilitat extracontractual (tant si s'entén la prevenció com una funció secundària o com una funció també principal). Cal plantejar-se també si, en cas de no poder ubicar l'absorció dels guanys en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual, pot trobar el seu lloc en l'àmbit de l'enriquiment injustificat o en el de la gestió (impròpia) de negocis aliens (la denominada *Geschäftsanmaßung* del Dret alemany, cf. § 687 abs. 2 S. 1 BGB). En tot cas, el que queda clar és que no pot ser més barat infringir un dret aliè que obtenir lícitament l'autorització del seu propietari per a usar-lo i, amb caràcter general, que

³⁶ Art. 2:104 PETL "*Despeses preventives.*— Les despeses realitzades per evitar un dany que amenaça produir-se constitueixen un dany rescabable en la mesura en què hagin estat raonables". Art. VI-1:102 DCFR "*Prevention.*— Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage the right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred". I de nou l'art. VI-6:302 "*Liability for loss in preventing damage.*— A person who has reasonably incurred expenditure or sustained other loss in order to prevent that person from suffering an impending damage, or in order to limit the extent or severity of damage suffered, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage".

³⁷ "Art. 1385. — Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice reparable."

l'ordenament jurídic no pot tolerar que hom es beneficiï amb la lesió d'interessos jurídicament protegit d'altres.

(aa) El rebuig dels danys punitius

La reforma francesa en tràmit adopta la solució més aliena a la tradició continental europea que és la de introduir una mena de danys punitius caracteritzats perquè requereixen (a) que els estableixi la llei en cada cas concret (b) que hi hagi una actuació intencional del causant del dany, (c) que aquesta actuació li hagi produït un enriquiment i (d) que aquest enriquiment sigui d'un import que la simple compensació no pugui eliminar. Més a més (e) introdueix el límit del doble, és a dir, que l'import del danys punitius no pugui superar mai el doble de l'import dels danys compensatoris³⁸ i, finalment, (f) faculta al jutge per a distribuir els imports punitius, entre la víctima i un fons de compensació que tingui per objecte indemnitzar danys similars o, si aquest no existeix, atribuir-los al Fisc en la proporció que el jutge lliurament determini.³⁹

No és el lloc aquí per a reproduir els arguments a favor i en contra del danys punitius⁴⁰, però sí que cal tenir en compte diverses qüestions.

En primer lloc, cal tenir en compte que, en els països on existeixen, els danys punitius tenen per finalitat castigar conductes que es consideren altament reprovables, no absorbir guanys, i és donen tant si els danys que s'han produït són patrimonials com morals.

En segon lloc cal observar que la regulació francesa, malgrat intentar contrarestar alguns dels arguments en contra del danys punitius, no els contraresta tots. Per a superar la crítica de que els danys punitius suposen la imposició d'una pena en contra del principi *nulla poena sine lege*, el legislador francès estableix el requisit de

³⁸ «Art. 1386-25, ap. 1. – Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires. »

³⁹ «Art. 1386-25, ap. 2. «Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public.»

⁴⁰ Sobre l'estat de la qüestió en Dret espanyol, vegeu per tots com a obra més recent, Pedro Del Olmo, *Punitive damages in Spain*, a Helmut Koziol / Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive damages: Common-Law and Civil Law Perspectives*, Vienna/New York, Springer, 2009, p.137-154. Per l'estat en l'àmbit comparat europeu, en el mateix volum, Bernhard A. Koch, *Punitive Damages in European Law*, p. 197-209.

que estiguin establerts en cada cas per Llei. Per a fer front a la possibilitat de que les penes que s'imposin siguin excessives estableix el límit del doble (molt allunyat de la *one-digit rule* nord-americana). Finalment, per evitar que el dany punitiu es converteixi en un enriquiment inesperat del danyat (el *windfall* nord-americà), més a més de la regla anterior, estableix que una part de la indemnització no anirà a parar a la butxaca del danyat, amb la qual cosa, si més no en part, es converteix en una mena de multa de tipus administratiu. No obstant, la introducció dels danys punitius comportaria la imposició d'una pena sense les garanties pròpies que requereix un procés penal. Com s'ha assenyalat, la imposició de sancions penals per part de tribunals civils comportaria eludir els requisits que la protecció constitucional i dels drets humans imposa al procediment penal, per la qual cosa la imposició de danys punitius podria ser contrària al principi de tutela judicial efectiva (art. 24 CE i art. 6 Convenció Europea de Drets Humans).⁴¹ Més a més, com que els danys punitius tenen per objecte castigar l'infractor, no absorbir guanys, s'haurien de mesurar com una pena de multa, és a dir, en funció del grau de reprovabilitat de la conducta de l'agent i del seu patrimoni o, com diu l'art. 50 CP, "...teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo"⁴². Requisits i garanties específiques també requereixen les sancions administratives.⁴³ Per aquestes raons la utilització dels danys punitius per a absorbir guanys no només sembla un mecanisme desproporcionat sinó també inadequat.

(bb) Introducció en el marc de la responsabilitat extracontractual de regles de caràcter purament preventiu

Nogensmenys, el fet que hom rebutgi la introducció d'elements punitius en la responsabilitat extracontractual no significa necessàriament que hom li negui, al costat de la funció de compensació, la funció de prevenció. Les regulacions de Dret privat no són alienes a criteris de política jurídica d'acord amb els quals el legisla-

⁴¹ Vegeu Koziol/Wilcox, cit n. 40, Nm. 76 i Gerhard Wagner, *Schadensersatz –Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruher Forum 2006, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 110 i ss. Idem, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag. Stuttgarts 2006, München, Beck, 2006, p. 68 i ss, Idem, *Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht*, FS Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien, Jan Sramek, 2010, p. 929.

⁴² Codi Penal espanyol: art. 50. *Pena de multa*. "(1). La pena de multa consistirà en la imposició al condemnat de una sanció pecuniària... (5) Los Jueces o Tribunales... fijarán en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo."

⁴³ Cf. Arts. 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, BOE núm. 285 de 27.11.1992, p. 40300- 40319.

dor vol incentivar determinades conductes i desincentivar-ne d'altres. És ben sabut que, p.ex. en matèria contractual, qualsevol regulació que es faci haurà de procurar incentivar el compliment, desincentivar el incompliment i vetllar per l'autonomia de la voluntat de les parts i per a la conservació del contracte. En l'àmbit de la responsabilitat extracontractual qualsevol legislació ha de vetllar no només perquè en cas de que es produeixin danys la víctima obtingui una indemnització, sinó perquè l'atorgament d'accions indemnitzatòries no coarti innecessàriament la llibertat d'acció dels possibles causants dels danys ni sigui contrària a l'interès públic. Con diu l'art. 2:101 (6) PETL, en matèria d'interessos protegits, “[P]er establir l'abast de la protecció també hauran de tenir-se en compte els interessos de l'agent, en especial, en la seva llibertat d'acció i en l'exercici dels seus drets, així com els interessos públics”. Si bé els PETL no ho preveuen així, un d'aquests interessos públics podria ser també que es redueixi la producció de danys al mínim possible tot atenent, però, a un equilibri que respecti la llibertat del individu i el sistema de valors propi d'un estat democràtic.

El Dret de la responsabilitat extracontractual està presidit per dos criteris fonamentals, el de reparació integral i el de prohibició d'enriquiment, de tal manera que el danyat ha d'obtenir *ni més ni menys* que la indemnització de tots els danys que ha patit. Normalment, el conjunt de regles que estableixen la compensació dels danys és suficient per a satisfer també la funció de prevenció de danys. Hi casos, però, en que la simple compensació dels danys produïts deixa al descobert dèficits preventius, com ara en el cas d'absorció de guanys obtinguts amb la causació d'un dany a altri. Cal aleshores plantejar-se si el Dret de la responsabilitat extracontractual pot oferir remeis amb finalitat preventiva, amb unes indemnitzacions que vagin més enllà de l'import dels danys produïts.

La doctrina —i no només l'espanyola— tendeix a confondre aquesta finalitat preventiva amb la punitiva, sense advertir que en cas de la funció punitiva, als criteris de prevenció general i especial que són comuns, s'hi suma els criteris penals propis de repressió i expiació o, com a mínim, d'un retret personal o d'una reprovació ètico-social⁴⁴. La indemnització, aleshores ja sanció, no es mesura únicament en funció d'omplir el buit de prevenció produït sinó amb la finalitat de reprovar i castigar la conducta del delinqüent.

La prevenció de la producció de danys, si s'admet com a funció principal de la responsabilitat extracontractual al costat de la compensatòria, pot justificar la inclusió de les regles d'absorció dels danys como ho fa, per exemple, el DFCR. Així, l'art. VI.-6:101 DCFR després d'haver assenyalat en el seu apartat primer que la repara-

⁴⁴ En aquest darrer sentit, per exemple, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I. Grundlagen - Der Aufbau des Verbrechenslehre*, 4. A, München, Beck, 2006, p. 96.

ció del dany significarà normalment restablir la persona que l'ha patit en la posició en què es trobaria si el dany no s'hagués produït, admet en l'apartat 4, com a una alternativa, quan així sigui raonable, que la reparació es pugui dur a terme tot obtenint de la persona que l'ha causat l'avantatge que aquesta hagi obtingut amb la seva causació.⁴⁵ No obstant, la posició del DCFR en aquest punt no és massa clara. D'una banda la justificació de la opció sistemàtica en raons d'economia processal, en el sentit de que així s'evitarà que en una acció de danys els tribunals hagin d'analitzar també si concorren els requisits d'una acció d'enriquiment, és feble i, com a *excusatio non petita*, apunta a que tal vegada els redactors consideraven que el mateix problema podia resoldre's mitjançant una acció d'enriquiment.⁴⁶ D'altra banda, la matisació final de que l'acció per recobrar el benefici obtingut per qui ha causat el dany "parteix de la ficció que la persona que pateix el dany també hauria pogut explotar els drets dels quals es tracti de la mateixa manera, i més o menys, amb el mateix èxit econòmic que la persona causant del dany" i l'afirmació en el sentit que "només quan aquesta ficció resulti totalment inadequada en el circumstàncies del cas podrà el tribunal rebutjar l'exercici del dret d'elecció per abusiu", acosten el tema, d'una manera gairebé definitiva, a la figura a l'enriquiment injustificat.⁴⁷

En canvi, WAGNER, sense concessions en partir de posicions pròpies de l'anàlisi econòmica, proposa per a una eventual reforma del Dret alemany, introduir en el Dret general de danys (§§ 249 i ss BGB) un supòsit general d'absorció de guanys limitat a (1) la intromissió dolosa en posició jurídica aliena, (2) amb independència de si aquesta posició es de naturalesa material o immaterial (per tant, no limitada a drets de la personalitat o drets sobre béns immaterials) i (3) amb independència de si el lesionat *hagués consentit* la intromissió (p. ex. hagués estat disposat a concedir la llicència) o de si *hagués pogut consentir* la intromissió, és a dir, amb independència de que el dret infringit tingui contingut atributiu o no (*Zuweisungsgehalt*). *Tout court*, sense els límits propis de les accions d'enriquiment. El danyat hauria de disposar de l'acció d'absorció dels guanys com a alternativa a les accions existents per a obtenir la indemnització del dany, de tal manera que pugui exercir en cada cas

⁴⁵ Art. VI-6:101 DCFR: *Aim and forms of reparation*. (1) Reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that the person would have been in had the legally relevant damage not occurred.... (4) As an alternative to the reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage".

⁴⁶ Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3276.

⁴⁷ Von Bar/Clive, cit. n 2, *ibidem*. Vegeu la crítica a aquesta opció sistemàtica del DCFR a Erik Monsen, *DCFR and Restitution for Wrongs*, ERPL 18, 4/2010, p. 813 i ss.

l'acció que tingui un abast més ampli. Aquesta acció general d'absorció de guanys hauria d'estar formulada de tal manera que produís l'efecte preventiu desitjat⁴⁸.

(cc) La combinació amb accions d'enriquiment o de gestió de negocis aliens

La doctrina clàssica no admet que una acció de responsabilitat extracontractual pugui estar fonamentada en criteris exclusivament preventius. Certament, en elaborar la regulació que afecta la producció de danys, el legislador ha de procurar no només que es compensin els danys soferts sinó també donar incentius per tal que no es produeixin. El que sembla que no resulta imprescindible és que aquestes finalitats de política legislativa les hagi d'assolir tot forçant l'ús d'un únic instrument —les accions de responsabilitat extracontractual amb caràcter supracompensatori— i no pugui assolir-la combinant aquest instruments amb altres, com ara les accions d'enriquiment o de gestió (impròpia) de negocis alienes, com ja fa, per exemple, combinant les accions de danys amb les quasi-negatòries d'abstenció o de cessació.

Una acció per enriquiment, combinada amb la de responsabilitat podria absorbir en molts casos el plus de guany o benefici que va més enllà del dany. Ara bé, topa amb dificultats serioses, com ara que l'acció d'enriquiment requereix que s'hagi produït un correlatiu empobriment de l'altra part, el qual pot no donar-se quan qui pateix el dany, degut a les seves capacitats o destreses, no hagués pogut obtenir ell mateix el benefici o quan la posició jurídica afectada no tenia contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*), és a dir, quan la persona que pateix el dany no hagués pogut utilitzar ella mateixa la posició jurídica afectada per a obtenir-ne un benefici.⁴⁹

Una via alternativa a l'enriquiment l'ofereix la gestió (impròpia) de negocis alienes.⁵⁰ El Dret romà, si bé la va limitar originàriament als supòsits d'actuació altruista en interès d'altri, va incloure posteriorment supòsits en els quals el gestor duia a terme com a propi un negoci que, o bé sabia que era aliè, o bé ignorava que ho fos. L'evolució que es va produir a partir de l'Edat Mitjana va anar limitant aquests supòsits a casos excepcionals, i en alguns codis com ara en el francès (art. 1372 Cod. civ.), l'austríac (§ 1042 ABGB), i també l'espanyol (art. 1888 CC), sense excloure-les expressament, es van limitar estrictament a aquells supòsits en que el gestor actua de manera altruista i intencional en benefici d'altri. Altres com ara l'alemany (§§ 677 BGB) i el suís (art. 423 OR) es van referir a aquestes altres supòsits, en el pri-

⁴⁸ Wagner, *Schadensersatz –Zwecke...*, cit. nota 41, p. 121.

⁴⁹ Vegeu per tots les diverses obres de Wagner, cit. n 41 i la comunicació que el Dr. Ruda i jo mateix presentem a aquesta ponència.

⁵⁰ En aquest sentit, per tots, Jan Dirk Harke, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, Duncker und Humboldt, 2007, del mateix autor, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 339, i Pietro Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del proffito*, Torino, Giappichelli, 1999.

mer cas, per a excloure de les regles de la gestió de negocis aliens aquells casos en què el gestor ignorava l'alienitat del negoci i sotmetre la gestió amb coneixement a les regles de la gestió de negocis aliens en contra la voluntat de l'amo del negoci i, en el segon cas, per establir amb caràcter general que en cap cas el gestor es pot apropiari dels beneficis que hagi obtingut i que l'amo del negoci no haurà d'indemnitzar o reemborsar al gestor més que en la mesura del que ell mateix s'hagi enriquit.⁵¹

3.2 Articulació amb altres parts del Dret privat

L'articulació de les regles de responsabilitat extracontractual amb altres parts de l'ordenament jurídic-privat està presidida també per la idea que aquestes tenen un cert caràcter subsidiari, tant en el sentit que no es poden aplicar si això suposa contradir la finalitat o els objectius d'altres normes de Dret privat, com en el sentit que no afecten els remeis que puguin existir en base a altres fonaments (art. VI-1:103 (c) i (d) DCFR). Con assenyalen els comentaris del DCFR, aquests criteris relatius a l'àmbit d'aplicació de les normes de responsabilitat extracontractual no es refereixen únicament als conflictes que puguin sorgir amb l'àmbit contractual o, en general, en el marc del Dret de les obligacions, sinó que abasten altres àmbits del Dret privat.⁵²

És ben sabut que en el nostre país, probablement per influència de la doctrina italiana i argentina, un dels debats doctrinals estrella en els darrers anys ha estat l'articulació de les normes de responsabilitat civil amb les de Dret de família, sobretot per tal de dotar amb accions indemnitzatòries alguns d'aquells sectors del Dret de família, com ara el de les obligacions entre cònjuges, que les reformes més recents havien deixat sense mesures coercitives o sense remeis específics.⁵³ D'acord amb el corrent dominant entre els autors que s'ocupen de la relació entre aquests dos sectors no només serien procedents les accions de responsabilitat civil en les casos en que el il·lícit civil intrafamiliar fos al mateix temps un il·lícit penal (aleshores, pròpiament, responsabilitat civil derivada de delictes), ni tampoc quan

⁵¹ Vegeu Harke (2007), cit. n. 50, p. 45 i ss i comunicació presentada a la ponència.

⁵² Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3117 i ss.

⁵³ Com a mostra de l'atenció prestada al tema, les quatre monografies publicades l'any 2009 en les quals, amb més o menys extensió, analitzen el tema: Maria Aránzazu NovalesAlquézar, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009; Alma María Rodríguez Guitián, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009; Aurelia María Romero Coloma, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009; David Vargas Aravena, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

l'actuació d'un cònjuge o familiar envers l'altre suposes una lesió d'un dels seus drets de la personalitat, sinó també en casos com ara:

(1) En les relacions entre cònjuges, en casos de (a) danys causats per relacions sexuals consentides per tots dos cònjuges, però que un d'ells considera repulsives⁵⁴; (b) danys causats per la infracció del deure de fidelitat o de socors mutu, i en general, de qualsevol deure conjugal, inclòs, en especial, el repartiment de les tasques domèstiques⁵⁵; (c) danys causats per la impotència, transsexualitat, homosexualitat o manca d'activitat sexual per part de l'altre cònjuge⁵⁶; (d) danys causats pel trencament unilateral del matrimoni, "consistente en verse obligado a aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia"⁵⁷; (e) danys patits per la falta de comunicació, fredor emocional o indiferència per part de l'altre cònjuge⁵⁸, etc.

(2) En les relacions paterno-filials, aquests autors proposarien atorgar accions indemnitzatòries en casos com ara els següents: (a) danys causats al fill en haver-li transmès els pares malalties hereditàries, com ara la SIDA⁵⁹, (b) danys per no haver adoptat la mare unes correctes mesures d'higiene i salut durant l'embaràs (p. ex. no deixar de fumar o de prendre determinades substàncies o de practicar esports ariscats,⁶⁰; (c) danys patits per menors en accidents domèstics deguts a una manca de vigilància per part dels pares⁶¹; (d) danys patits per la dificultat dels fills d'integrar-se en la societat i d'interaccionar amb ella degut a haver rebut una educació negligent o incompetent per part dels pares⁶², etc.

⁵⁴ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 91.

⁵⁵ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 90. També Vargas Aravena, cit. ibídem, p. 39 i 101 i ss i Nogales Alquézar, cit. ibídem, p. 211. En favor de la indemnització per la infracció del deure de compartir les tasques domèstiques vegeu també Maria Paz García Rubio, *La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas*, a María Paz García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 341-377.

⁵⁶ Vegeu SAP Illes Balears 5.6.2006 (en relació a l'homosexualitat) i Vargas Aravena, cit., n. 53, p. 232-233.

⁵⁷ María Teresa Marín García de Leonardo, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, Revista de Derecho Patrimonial 16/2006, p. 152.

⁵⁸ Vargas Aravena, cit. 53, p. 235-236.

⁵⁹ Rodríguez Guitián, cit., n.53, p. 308.

⁶⁰ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 296-298.

⁶¹ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 236 i ss.

⁶² Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 254-255.

No és aquest el lloc on desenvolupar aquesta amplia problemàtica⁶³, però si per assenyalar que una expansió d'aquesta mena d'accions indemnitzatòries per uns suposats danys, fonamentalment morals, en l'àmbit del Dret de família no està justificada. En uns casos comporta buidar de contingut la regulació actual de Dret de família i, per la via de la responsabilitat, restablir conseqüències que el legislador familiar ja havia rebutjat i reobrir debats, com ara els que es donaven en relació a la separació o divorci causals, que ja s'havien tancat. També, sigui des de posicions ultraconservadores o pseudoprogressistes, sovint pretén imposar un criteri de moralitat que el legislador familiar no ha adoptat i coarta, amb la possibilitat de recórrer a accions indemnitzatòries, espais de llibertat personal que, gràcies a una difícil i lenta evolució, el legislador familiar ha establert.⁶⁴

II. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A UNA REGULACIÓ DE LA MATÈRIA

Es obvi que una ponència a aquestes jornades no pot pretendre convertir-se en un informe detallat de com hauria d'ésser o de com podria ésser una regulació de la responsabilitat extracontractual en el Llibre VI del Codi civil de Catalunya, sinó tan sols intentar ser una mena de recordatori d'algunes de les qüestions que podrien/haurien de tenir en compte els equips de treball que en el futur s'ocupin de preparar l'esborrany sobre la matèria. Per tant, de manera gairebé telegràfica, em limitaré a assenyalar alguns continguts essencials, com es podrien formular i, en algun cas, quins avantatges podria aportar una determinada opció en relació a les seves alternatives.

1. La norma fonamental

Tant els PETL com el DCFR parteixen d'un primer article, el qual ambdós anomenen "norma fonamental", però que s'enfoca des de perspectives inverses. Per la seva part el DCFR parteix de la perspectiva del danyat i fa pivotar la regulació sobre el concepte de "dany jurídicament rellevant"(cf. art. VI-1:101 DCFR). Els PETL en canvi, enfoquen el tema des de la perspectiva del causant del dany per a dir-nos qui està obligat a indemnitzar el dany i en base a quines raons (cf. Art. 1:101 PETL).

⁶³ Vegeu per a un tractament crític més detallat, Miquel Martí-Casals / Jordi Ribot, *Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding?*, a Bill Atkin (gral. ed.), *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, Bristol, Jordan, 2010, p. 337-365.

⁶⁴ Vegeu Miquel Martí-Casals / Jordi Ribot, *ibídem*, en especial, p. 349 i ss.

La visió del DCFR correspon més a una construcció alemanya en la qual els interessos protegits ocupen un lloc central i facilita l'adopció d'un sistema de llista d'interessos protegits la qual, si bé es oberta, el DCFR desenvolupa a partir de la Secció Segona d'aquest Llibre (cf. Arts. VI.-2:201 a VI.-2:211). El sistema del PETL s'acosta més a la tradició llatina de la clàusula general. A més de recollir implícitament un criteri tan important com la del *casum sentit dominus*, aflora amb més claredat els pressupòsits de la responsabilitat (dany i relació causalitat) i els criteris d'imputació subjectiva (que anomena "fonament de la responsabilitat")⁶⁵.

Amb tot, la fórmula dels PETL no fa esment de l'actuació dolosa, limita els supòsits de responsabilitat objectiva a les anomenades "activitats anormalment" perilloses (com fan els PETL en el seu articulat) i no preveu la distinció que introdueix més tard dins de la responsabilitat per fet aliè entre aquell (p. ex. pare o tutor) que respon perquè tenia un deure d'actuar en benefici de qui ha causat el dany tot vigilant-lo amb la diligència deguda (art. 6:101 PETL, referit a menors i discapacitats) i el que respon (empresari o, millor, "principal") perquè el dany ha estat causat per un auxiliar seu, en l'exercici de les seves funcions i, per tant, per algú que actuava en benefici del principal com una mena de *lunga manus* o de prolongació de la seva personalitat (art. 6:102 PETL).

Els règims del primer cas i del segon, com veurem amb més detall més endavant, són també diferents, tot establint-se un règim de responsabilitat per culpa amb inversió de la càrrega de la prova en el primer cas, i un responsabilitat vicària en el segon, és a dir, un règim que no requereix que el principal hagi incorregut en culpa perquè hagi de respondre.

Per totes aquestes raons, en cas de donar-se per bons aquests criteris, la norma bàsica o fonamental en Dret català es podria redactar d'una manera semblant a la següent:

Art. 641-1. Norma fonamental

1.- Una persona està obligada a compensar el dany sofert per una altra si concorren tots els requisits perquè li sigui jurídicament imputable.

⁶⁵ Art. 1:101 PETL. *Norma fonamental*.

(1) La persona a qui es pugui imputar jurídicament el dany sofert per una altra està obligada a reparar-lo.

(2) En particular, el dany pot imputar-se a la persona

a) la conducta culposa de la qual l'hagi causat; o

b) l'activitat anormalment perillosa de la qual l'hagi causat; o

c) l'auxiliar de la qual l'hagi causat en l'exercici de les seves funcions

2.-El dany es pot imputar a la persona que l'ha causat amb culpa o dol o en l'exercici d'una activitat anormalment perillosa o per a la qual la llei preveu també responsabilitat objectiva.

3.-El dany causat per una persona menor o discapacitada es pot imputar també a qui ha infringit el deure de vetllar per ella amb la diligència deguda i el causat per un auxiliar en l'exercici de les seves funcions a la persona per a la qual actuava.

2. El dany rescabable

La idea de dany rescabable en el sentit italià de *danno evento*, i que donaria resposta a la pregunta de “quan hi ha dany” jurídicament rellevant és troba present tant als PETL com al DCFR, i fins i tot es proposa ara introduir-la de manera explícita en el Codi civil francès:

« Art. 1384. - Est réparable le préjudice certain, consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial.

Aquesta idea es contraposa a la de *danno conseguenza*, la qual donaria resposta a “quin tipus de conseqüències ha produït la lesió al interès jurídic protegit”, i partiria de la *summa divisio* de si les conseqüències s'han donat en el patrimoni o si són extrapatrimoniales. Aquesta idea i distinció també ha estat recollida pel Tribunal Suprem espanyol (entre d'altres, STS 27 juliol 2006 [RJ 2006\6548]).

La idea del dany rescabable no és exclusiva d'un sistema germànic basat en una enumeració més o menys tancada d'interessos protegits, sinó que existeix en tot ordenament jurídic encara que no s'expliciti.

En la nostra tradició llatina el jurista ni se la planteja perquè, en la majoria dels casos li sembla una obvietat: està protegida la vida? (o dit d'altra manera, respondrà civilment qui causa la mort negligent d'altri?). Esta protegida la salut, la integritat física, la propietat, la llibertat, l'honor, la intimitat, etc...?

El dubte es planteja però, quan ens trobem davant de nous supòsits: respondrà civilment qui fa un soroll que molesta al veí? I qui malmet el paisatge del qual gaudíem tots els matins quan anàvem a peu a la feina? I el metge que, per negligència, fa que siguin ineficaces les mesures anticonceptives preses (DIU, vasectomia, lligadura de trompes, etc.), tot produint-se aleshores el naixement d'un fill no previst amb les corresponents despeses lligades al part, o fins i tot a la manutenció del fill, i el dany moral derivat de la frustració de la planificació familiar que s'havia dut a terme? (l'anomenat *wrongful conception*). I el metge que no informa de les malformacions d'un fetus, les quals li haurien permès a la mare decidir si volia avortar o no? (*wrongful birth*). En aquest darrer cas, podrà també el fill reclamar-li la despesa que li provoqui no poder dur a terme una vida autònoma i els danys morals derivats de les seves gravíssimes malformacions? (*wrongful life*). Per acabar, podem reclamar a l'auditor d'una empresa les pèrdues que hem sofert per confiar en el seus

informes emesos negligentment? I a la empresa que fa unes obres que ens fan desviar del nostre camí habitual a la feina i que ens fan aixecar dues hores més aviat a gastar el doble de benzina que abans?

Per a fer front a totes aquestes incerteses, el camí que sembla més segur a primera vista és l'alemany: fem una llista d'interessos protegits i el que no estigui a la llista no es tutela. L'experiència demostra, però, que tard o d'hora queda sense protecció algun interès digne d'haver estat tutelat i aleshores els tribunals —els quals, en aquest sistema, no estan autoritzats a afegir nous supòsits a la llista— han de fer equilibris malabars, como demostra la tortuosa jurisprudència que va haver de dictar el Tribunal Suprem Federal alemany a partir dels anys 50' del segle passat per a poder protegir els anomenats “drets general de la personalitat” i que el legislador encara no ha gosat incorporar en al llista en la seva reforma del 2002.

Tal vegada, i potser per aquesta raó, el DCFR fa primer un llistat de “casos particulars de dany jurídicament rellevant” (VI.-Secció 2 DCFR), on aprofita per a dir també quin és l'abast de la tutela d'aquests interessos es cada cas, és a dir, quins danys —en el sentit de conseqüència— s'indemnitzen. Apareixen així a la llista “la lesió corporal i els danys que en resulta d'ella”, “els danys soferts per tercers com a conseqüència de la lesió o mort d'una altra persona”, “les lesions a la dignitat, llibertat i intimitat”, “el dany resultant de la comunicació d'informació incorrecte sobre una altra persona”, el dany per la infracció de la confidencialitat, de la propietat i de la possessió, per la confiança en informació o consell incorrectes, etc. (cf. arts. VI.-2:201 (1) (a) i VI.-2:201 a VI.-2:211 DCFR). Després, estableix una clàusula general de tancament, tot dient que dany jurídicament rellevant no és només el que apareix enumerat sino també el que resulta de la violació d'un dret conferit per la llei (art. VI.-2:101 (1) (b) DCFR) o de la violació d'un interès digne de tutela jurídica (*violation of an interest worthy of legal protection*, art. VI.-2:101 (1) (c) DCFR). En resum: afegeix nous casos a la llista tradicional i la deixa oberta sense donar, però, cap orientació sobre quan hi haurà un nou interès digne de tutela jurídica el qual, però, encara no estava protegit.

El sistema dels PETL, molt criticat des de la perspectiva germanista, parteix d'una clàusula general⁶⁶, però després, en comptes de fer una enumeració, recorre a la tècnica del sistema mòbil (o flexible) (*bewegliches System*) per a emplenar aquesta clàusula general⁶⁷. És a dir, intenta donar criteris a l'operador jurídic —al jutge fo-

⁶⁶ “Art. 2:101. *Dany rescabable*. El dany requereix un perjudici material o immaterial a un interès jurídicament protegit”.

⁶⁷ Vegeu, per una introducció al tema, Bernhard A. Koch, *Wilburg's Flexible System in a Nutshell*, a: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (ed.), *European Tort Law 2001 (Tort and Insurance Law Yearbook 2002)*, Wien/New York, Springer, 2002, p. 545-548.

namentalment, que al cap i a la fi és qui tindrà la darrera paraula— per a determinar si haurà un interès jurídic protegit que requereix la tutela aquil·liana, i per tant, l'entrada en joc de les accions de responsabilitat extracontractual.⁶⁸

No sembla que, d'acord amb la tradició llatina, el Llibre VI hagi d'adoptar una llista tancada d'interessos protegits, ni tampoc sembla escaient que adopti un llista extensa de supòsits particular d'interessos protegits amb una clàusula general residual com ho fa el DCFR. Caldrà valorar, però, si per a donar contingut a la clàusula general poden ser operatius a la pràctica els criteris que empren els PETL o, si com fan els francesos, s'ha d'aprofitar la referència als interessos protegits per aclarir algun cas polèmic (com fan ells, per exemple, en relació a la *perte d'une chance*)⁶⁹ o per a resoldre algun problema de difícil encaix (com ara el relatiu a les “despeses futures”⁷⁰ o el ja esmentat de les “despeses preventives”⁷¹).

3. La relació de causalitat

3.1 La distinció entre causalitat (causalitat de fet) i abast de la responsabilitat (causalitat de dret o imputació objectiva)

En aquesta matèria el DCFR i els PETL ofereixen models molts diferents, els quals val la pena contrastar amb el recent *Restatement* nord-americà.

⁶⁸ Art. 2:102. *Interessos protegits*.

(1) L'abast de la protecció d'un interès depèn de la seva naturalesa; la seva protecció serà més àmplia com major sigui el seu valor, la precisió de la seva definició i la seva obvietat.

(2) La vida, la integritat física i psíquica, la dignitat humana i la llibertat gaudeixen de la protecció més àmplia.

(3) S'atorga una àmplia protecció als drets reals, inclosos els que es refereixen a les coses incorporals.

(4) La protecció d'interessos purament patrimonials o de relacions contractuals pot tenir un abast més limitat. En tals casos ha de tenir-se en compte, de manera especial, la proximitat entre l'agent i la persona protegida, o el fet que l'agent és conscient que causarà un dany a la víctima malgrat que els seus interessos siguin necessàriament objecte d'una valoració inferior als d'aquesta.

(5) L'abast de la protecció pot veure's afectat igualment per la naturalesa de la responsabilitat, de tal manera que, en cas de lesió dolosa, l'interès podrà rebre una protecció més àmplia que en la resta de casos.

(6) Per establir l'abast de la protecció també hauran de tenir-se en compte els interessos de l'agent, en especial, en la seva llibertat d'acció i en l'exercici dels seus drets, així com els interessos públics.

⁶⁹ Art. 1384, 3r. apartat: “La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée”.

⁷⁰ «Art.1384. – Est réparable le préjudice certain...» Il en est de même du préjudice futur, lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel».

⁷¹ «Art.1385. – Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable.»

El DCFR dedica molt poca atenció ala qüestió amb el pretext que “l’amplitud i la complexitat del tema no parlen en favor d’una regla precisa sobre la causalitat”.⁷² D’una manera gairebé tautològica afirma que “[U]na persona causa un dany jurídicament rellevant a una altra si el dany s’ha de considerar conseqüència de la conducta d’aquella persona o de la font de perill de la qual aquella persona és responsable” (art. VI.-4:101 (1) DCFR)⁷³. No distingeix entre causalitat de fet (causalitat, en sentit propi) i causalitat de dret (imputació objectiva o abast de la responsabilitat) i es limita a completar la regulació amb algunes poques regles més com ara les relatives a la predisposició de la víctima en cas de dany corporal o mort, la col·laboració en la causació del dany i la causalitat alternativa (arts. VI.- 4:101 (2) a 4:103 DCFR).

Els PETL i el *Restatement*, en canvi parteixen de la distinció entre “causalitat” (causalitat de fet) i “abast de la responsabilitat” (causalitat jurídica o imputació objectiva). El punt de partida de la causalitat de fet és la regla de la *conditio sine qua non*, la qual s’estableix tot dient que “Una activitat o conducta ... és causa del dany de la víctima si, d’haver faltat tal activitat, el dany no s’hagués produït”, criteri que també utilitza el *Restatement* nord-americà (cf. § 26) i que és el més estès internacionalment.

3.2 La causalitat de fet i alguns problemes creats per la incertesa

Certament, aquesta idea contrafactual que està en la base de la *conditio sine qua non* no resol el problema d’establir si una activitat ha estat la causa d’un dany en casos de sobredeterminació, com ara quan existeix causalitat concurrent, ni en casos d’incertesa.

En el cas de causes concurrents (existeix una pluralitat d’activitats, cadascuna de la quals per si sola hagués pogut causar el mateix dany al mateix temps) la regla de la *conditio* no resol el problema perquè donaria lloc al resultat absurd de que cap activitat pot haver estat la causa perquè el dany igualment s’hagués produït com a resultat de l’altra o altres activitats. Per aquest raó els PETL (art. 3:102) i el *Restatement* (§27) estableixen que *hom considerarà* que cada activitat ha estat causa del dany.

En cas d’incertesa els PETL (art. 3:103- 3:106 PETL) proposen com a solució general la denominada *causalitat proporcional*, és a dir, una distribució del dany es proporció a la probabilitat d’haver-lo causat. La regla requereix que concorrin els altres

⁷² Cf. von Bar/Clive, cit. nota 2, p. 3570.

⁷³ “VI.-4:101: *General rule.* (1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person’s conduct or the source of danger for which that person is responsible”

fonaments de la responsabilitat (p. ex. actuació culposa o que donaria lloc a responsabilitat objectiva, existència de dany rescabable, etc.), però propugna establir la responsabilitat en funció de la probabilitat de que el risc que ha creat l'agent, un risc que en termes generals ha de ser necessàriament apte per a produir un determinat tipus de dany, hagi causat el concret dany patit per la víctima.

La regla es coneguda en l'àmbit comparat en manifestacions concretes com ara la responsabilitat per quota de mercat (*market-share liability*), però admet una tipologia molt ampla, sobre la qual aquí només es poden assenyalar els trets generals de determinats grups de casos. Així, la incertesa pot venir donada perquè:

(a) Existeix una pluralitat de possibles causants del dany (D1-D10) a la víctima (P) quan no tots o només un l'ha causat i s'ignora qui ha estat (causalitat alternativa amb causant del dany no identificat, cf., art. 3:101 (1) PETL).

Exemple 1: P fa feines que comporten el contacte amb l'amiant o asbest i treballa 5 anys per D1, 10 anys per a D2 i 20 anys per a D3. Després d'aquests 35 anys es descobreix que pateix un mesotelioma, una malaltia que ha estat causada per una o unes poques fibres d'asbest les quals pot haver inhalat en qualsevol moment.

(b) Existeix una pluralitat de causants de danys (D1-D10) i una pluralitat de víctimes (P1-P100), però s'ignora quin causant (D) ha causat el dany de quina víctima (P) (són els coneguts casos de de responsabilitat per quota de mercat [*market-share liability*], de causalitat també alternativa, però on la incertesa no permet relacionar els causants amb les víctimes, cf. art. 3:103 (2) PETL).

Exemple 2: Diverses companyies (D1-D10) produeixen productes diferents que es fan servir en la construcció i que contenen amiant. Diversos treballadors (P1-P10) que han estat exposats als diversos productes d'aquestes companyies pateixen mesotelioma al cap d'un temps. (També el cas més conegut de les anomenades "filles del DES").

(c) Existeix un agent, com ara la contaminació emesa per una fàbrica, un medicament o procedent d'una font de risc semblant, el qual incrementa el nombre de casos de persones que pateixen una determinada malaltia originada per factors independents de la responsabilitat d'algú (casos de víctimes no identificades)

Exemple 3: En una determinada població es produïen 50 casos de càncer cada 10 anys. A la població s'hi estableix una fàbrica contaminat, la qual emet unes emissions no permeses per la Llei i, passats 10 anys des de la instal·lació, se'n han produït 100, i el nombre ha passat a 150 en els 10 anys següents.

(d) A diferència dels casos en els quals se sabia que el dany d'una víctima havia estat causat per un il·lícit civil d'un membre d'un grup de "sospitosos" als qual pertanyia el demandat (casos (a) i (b)) o que el demandat ha causat il·lícitament un dany a un grup al qual el demandant pertany (cas (c)), aquesta categoria inclouria

els casos en els quals la incertesa es refereix a si un sol actor demandat (D) ha causat un dany a una sol demandant (P). Son el casos d'increment de risc.

Exemple 4: P neix amb una greu dany cerebral. S'ignora si el dany ha estat el resultat inevitable del seu naixement prematur o ha estat causat pel tractament negligent del doctor D. S'estableix que la probabilitat de que el dany hagi estat causat per tractament erroni es del 30%.

(e) Altres vegades la incertesa sobre si un únic demandat D ha causat el dany d'un sol demandant P no es concep en termes d'increment de risc sinó en termes de reducció de les oportunitats de que P no pateixi un dany. Són els coneguts casos de pèrdua d'oportunitat, tant debatuts en els darrers anys en el Dret espanyol, tant en el cas de l'anomenada "pérdida de oportunidad processal" (les primeres, SSTS 16.12.1996 (RJ 1996\8971) i 28.1.1998 (RJ 1998\357) com en el de "pérdida de oportunidad de curación" (la primera STS 10.10.1998 (RJ 1998\8371)⁷⁴. En aquests casos els PETL parlen de "causes incertes en l'esfera de la víctima" i disposen que "la víctima ha de carregar la pèrdua soferta en la mesura corresponent a la probabilitat que pugui haver estat causada per una activitat, esdeveniment o qualsevol altra circumstància pertanyent a la seva pròpia esfera" (cf. art. 3:106 PETL).

Com es pot veure dels diversos casos apuntats, els supòsits són molt diversos i, tal vegada, la regla de la responsabilitat proporcional es podria justificar més en uns casos que en altres. En tot cas, aquesta regla mereix atenció i debat. La regla de la responsabilitat proporcional intenta trobar un criteri més equitatiu en la distribució de diversos tipus de riscos entre possibles causants de danys i víctimes. El risc més fonamental que s'intenta equilibrar és el de la incertesa probatòria, el qual dona lloc a que el demandant no obtingui res si no aconsegueix provar la probabilitat de la causació del dany més enllà d'un cert llinar de certesa (el 50% en els països del *Common Law*, el 75 o 80 % en la majoria de països continentals) i que en canvi obtingui la indemnització del 100% dels danys provant simplement la probabilitat de la causació per sobre d'aquest llinar. La incertesa probatòria a la qual es fa referència aquí no es la epistemològica (no es pot provar la causalitat simplement perquè aquell a qui correspon la càrrega de la prova no pot donar a conèixer determinats fets amb les garanties suficients per tal que tinguin valor probatori) sinó sistèmica (no es pot provar perquè és objectivament impossible obtenir determinades dades).

La responsabilitat proporcional també intenta distribuir d'una manera més equitativa el risc de la insolvència. La responsabilitat per quota de mercat, per exemple,

⁷⁴ Vegeu per tots, Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Civitas, 2007 i Clara Isabel Asúa González, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

parteix de la idea que quan hi ha una pluralitat de fabricants possibles causants del dany (D1-D10) i una pluralitat de víctimes (P1-P100),i se sap que el causant D1 no pot haver causat el danys de totes les víctimes, no semblaria just fer-lo respondre del dany de totes les víctimes o d'una part substancial d'elles simplement pel fet que els altres fabricants han deixat d'operar en el mercat o són insolvents. Hom el faria respondre per un dany que se sap que no ha causat.

3.3 *L'abast de la responsabilitat (imputació objectiva) i criteris*

Un cop s'ha determinat, d'acord amb les regles anteriors, que qui ha actuat ha causat el dany cal esbrinar encara de quines conseqüències respon. Del que es tracta, en el fons, és de trobar regles que mantinguin els danys dels quals s'ha de respondre dins d'uns límits raonables, cosa la qual no s'assoleix simplement amb la regla de la *conditio sine qua non*.

D'aquesta qüestió se'n ocupen les regles de l'anomenada "imputació objectiva", en la doctrina espanyola introduïda per PANTALEÓN ara fa més de 20 anys⁷⁵, adoptada pel Tribunal Suprem espanyol en els darrers 7 o 8 anys (cf., per totes, SSTS 26 gener 2007 [RJ 2007\1873]; 17 febrer 2009 [RJ 2009\1494]; 2 març 2009 [JUR 2009\169946]), i de sobres coneguda per tothom. Un factor important en la pràctica judicial espanyola és que l'existència o no de relació de causalitat, en la mesura que és una qüestió de fet, no és susceptible de ser revisada en cassació, llevat d'error de Dret en la valoració de la prova. En canvi, sí és susceptible de ser revisat en cassació el judici de causalitat de Dret o d'imputació objectiva (cf. SSTS 4 novembre 2004 [RJ 2004\6717]; 31 octubre 2006 [RJ 2006\8882]).

Telegràficament hom pot fer referència aquí a les qüestions següents:

(1) Que sota l'encapçalament "abast de la responsabilitat" els PETL (art. 3:201 PETL) i, amb més detall, el *Restatement* nord-americà (*Chapter 6* §§ 29-36), contenen un conjunt d'aportacions que tot legislador europeu hauria de valorar.

(2) Que d'acord amb els §§29 i 30 *Restatement* és possible intentar una formulació més general, en funció de si el risc que s'ha actualitzat ha estat del tipus de riscos que determina la responsabilitat i de si l'actuació del responsable ha incrementat o no el risc de que es produís el dany⁷⁶. Així, per exemple, proporcionar una arma de foc a un menor comporta una actuació negligent i, probablement, qui l'ha propor-

⁷⁵ Cf. nota 16.

⁷⁶ § 29. *Limitations for Tortious conduct*. An actor's liability is limited to those arms that result from the risks that made the actor's conduct tortious.

§30. *Risk of Harm not generally increased by Tortious Conduct*. An actor is not liable for harm when the tortious conduct aspect of the actor's conduct was of a type that does not generally increase the risk of that harm.

cionat també haurà de respondre per les lesions que el menor causi quan la dispari, però no en canvi per les que causi quan, en caure l'arma al peu d'algú, amb el cop, li trenqui un dit. Tal vegada aquestes regles formulen d'una manera més general el criteri europeu de “fi de protecció de la norma”, molt clar i útil quan s'infringeix una llei o una reglament que tenia per objecte protegir d'uns determinats, però que queda més difuminat en altres casos.

(3) Que cal revisar el catàleg de “criteris d'imputació” establerts.

(a) D'entrada cal deixar de banda aquells que no són pròpiament criteris d'imputació en el sentit de limitar l'abast de la responsabilitat per corregir la sobre-determinació de la regla de la *conditio sine qua non*. Així, per exemple l'assumpció del risc és clarament una causa d'exoneració (cf. Art. 7:101 (d) PETL i art. VI.-3:101 (2) DCFR). El mateix es pot dir de la concurrència de culpa de la víctima (cf. Art. 8:101 PETL i art. VI.-5:102 DCFR).

(b) Seguidament cal plantejar-se si tots els criteris tradicionals d'imputació objectiva en realitat ho són i quin significat realment tenen. Aquest és el cas, per exemple de l'anomenada “prohibició de regrés” (*intervening causation, supervening/superseding causes, novus actus interveniens*) (criteri que es refereix a la idea que no ha de respondre qui ha posat en marxa un curs causal al qual ha sobrevingut o s'ha sobreposat un altre curs causal posat en marxa per una força de la naturalesa, un tercer o la pròpia víctima, perquè aquest segon curs causal ha “trencat” el nexa de causalitat amb el primer)⁷⁷. Tant els PETL com el DCFR i el *Restatement*⁷⁸ consideren que no és un criteri ni autònom ni útil, perquè els problemes que intenta resoldre es resolten al cap i a la fi per una distribució de riscos entre els subjectes que intervenen i funció d'altres criteris, com ara el de la previsibilitat (l'adequació) o el de fi de protecció de la norma. També s'assenyala que respon a unes concepcions filosòfiques periclitades.⁷⁹ En la mateixa línia, cal delimitar

⁷⁷ Una obra de referència ineludible sobre la matèria, Douglas J. Hodgson, *The Law of Intervening Causation*, Aldershot, Ashgate, 2008.

⁷⁸ Vegeu el comentari de Jaap Spier a l'art. 3:201 PETL, núms.11-12, p. 100, el comentari a l'art. VI.-4:101 DCFR, p. 357 i el §34 *Restatement*, p. 569 i ss., on es disposa que: “§ 34. *Intervening Acts and Superseding Causes*. When a force of nature or an independent act is also a factual cause of harm, an actor's liability is limited to those arms that result from the risks that made the actor's conduct tortious”.

⁷⁹ Sobre aquest punt, Michael S. Moore, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 254 i ss.

l'abast de l'anomenat "risc general de la vida", criteri creat amb caràcter autònom l'any 1960 per Hermann LANGE com a "criteri negatiu d'imputació objectiva".⁸⁰

(4) Que cal tenir en compte que l'abast de la responsabilitat no és el mateix en els casos de responsabilitat per culpa que en els de responsabilitat per dol. En aquest sentit l'Art. 3:201 (b) PETL remet a l'Art. 2:102 (*interessos protegits*) on, entre d'altres aspectes, s'indica que "l'abast de la protecció pot veure's afectat igualment per la naturalesa de la responsabilitat, de tal manera que, en cas de lesió dolosa, l'interès podrà rebre una protecció més àmplia que en la resta de casos". Un tractament més detallat del tema es troba al § 33 del *Restatement*.

4. Els criteris d'imputació subjectiva (fonaments de la responsabilitat)

Els que aquí s'anomenen "criteris d'imputació subjectiva" es refereixen a les característiques que ha de tenir la conducta o activitat d'un determinat subjecte pel tal que estigui justificat que un dany es posi a càrrec seu. Coincideixen amb el que el PETL anomena "fonament de la responsabilitat" i, amb una expressió difícil de traduir, amb el que el DCFR anomena "accountability" [responsabilitat en el sentit de "necessitat retre comptes"], terme que emprat en aquest context sona estrany fins i tot als nadius que parlen el més exquisit anglès d'Oxford.⁸¹

Com s'estructuren els diversos criteris d'imputació subjectiva és quelcom que també varia en els diversos models.

Els PETL distingeixen entre responsabilitat per culpa, responsabilitat "per activitats anormalment perilloses" (clàusula general de responsabilitat objectiva) i responsabilitat "per altres" (per fet aliè), sense fer entrar com a categoria pròpia la responsabilitat per dol. En canvi el DCFR parteix bàsicament d'una bipartició: de la responsabilitat (*accountability*) amb dol o culpa (*negligence*) i la "responsabilitat sense dol o culpa" (*accountability without intention or negligence*), sense considerar com a categoria pròpia la responsabilitat per fet aliè.

⁸⁰ Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd. 1, T. 1, A53, Tübingen; Mohr (Siebeck), 1960. Vegeu per tots, Erwin Deutsch, *Das "allgemeine Lebensrisiko" als negativer Zurechnungsgrund*, a FS für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1993, p. 251-265.

⁸¹ Com indica Simon Whittaker, "...the adoption of the terminology of "accountability" in Book VI obscures rather than helps to elucidate the intentions of the DCFR in relation to non-contractual liability". Simon Whittaker, *The "Draft Common Frame of Reference": An Assessment, Comissioned by the Ministry of Justice*. United Kingdom, November 2008, http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf (Data de consulta: 24.08.2010), p. 10 i p. 162-164.

Ometre la referència al dol pot semblar greu, però el DCFR, després de definir el dol (i el dol eventual) (art. VI.- 3:101 DCFR) no fa una regulació diferenciada de las conseqüències de l'actuació dolosa. En tot cas, cal valorar la conveniència d'explicitar els diversos tipus de conducta en la regulació del Llibre VI com també ho fa el *Restatement (intent, recklessness, fault)* (§§ 1-3).

En canvi, ometre la referència a la responsabilitat per fet aliè com a supòsit específic és, en la meua opinió, greu. L'omissió es dona tant en el DCFR com en el *Restatement*. En el primer cas, el DCFR regula la responsabilitat de les persones o institucions que tenen el deure de vetllar per menors o altres persones en el marc de la responsabilitat per dol o negligència (art. VI.-3:104 DCFR) mentre que la del principal pel fet dels seus auxiliars la regula en el marc de l'anomenada responsabilitat "sense dol o negligència" (VI.-3:201 DCFR). En el cas del *Restatement* l'omissió es justifica plenament perquè, d'una banda, en el *Common Law* els pares no responen pels fills per fet aliè, com a infracció d'un deure de tenir cura del menor derivat de la potestat parental (cf. art. 236-17 CCCat), sinó per fet propi, és a dir, com respondrien en el cas que tinguessin el deure de supervisar un estrany; d'altra, perquè la responsabilitat del principal pel fet de l'auxiliar es regula en un altre *Restatement*, el *Restatement of Agency*.⁸²

Com estableixen els PETL, la responsabilitat per fet aliè és una categoria pròpia que no es pot subsumir en les de responsabilitat per culpa o de responsabilitat objectiva perquè ha de tenir en compte dos possibles subjectes responsables i no un de sol, de tal manera que la conducta o activitat de cadascun d'ells serà rellevant per establir si hi ha responsabilitat o no. Així, en un primer supòsit, en el de responsabilitat per fet aliè per manca de supervisió, el subjecte que respon per altri ho fa perquè ell mateix ha infringit un deure de conducta. També cal, però, que la conducta d'altri hagi estat negligent o, com a mínim, "objectivament negligent".

Aquesta expressió de la conducta "objectivament negligent", la qual sembla un oxímoron, no és res més que una manera abreujada de dir que qui ha actuat no respon perquè no té capacitat de culpa civil però, al mateix temps, afirmar que ha actuat "malament" perquè ha fet alguna cosa per la qual hagués hagut de respondre si hagués estat major d'edat. Aquesta idea es recull perfectament a l'art. VI.-3:104 DCFR quan diu que el pares i altres persones que han de tenir cura del menor responen, tot complint-se altres requisits, quan el menor ha causat el dany "mitjançant una conducta que constituïria una conducta intencional o negligent si fos la conducta d'un adult". La jurisprudència francesa havia prescindit d'aquesta matisació i per això els pares responien pels seus fills de la mateixa manera que

⁸² The American Law Institute, *Restatement of the Law(Third)Agency*, 2 vols, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006.

responien pels seus gats, gossos i animals de companyia, és a dir, sense que calgués culpa per la seva part, però també sense que s'entrés en cap moment a valorar la conducta del menor (o de la bestiola). Amb aquest criteri es podia donar la paradoxa que els pares responguessin per danys causats per conductes “correctes” dels menors o que, fins i tot, no haguessin fet respondre a aquest menor si, en comptes d'ésser menor, hagués estat major d'edat.

4.1 Responsabilitat per culpa

A) CAPACITAT DE CULPA CIVIL

La culpa requereix, en primer lloc, que el subjecte que ha de respondre sigui “civilment imputable”, és dir, capaç de culpa civil o, en altres paraules, capaç de discernir entre el bé i el mal i de comprendre què significa socialment fer mal a altri. En l'àmbit comparat la capacitat de culpa civil es determina de maneres molt diferents.

En alguns països, existeix una regla rígida la qual determina que per sota d'un certa edat, tradicionalment els 7 anys, hom es incapaç de culpa civil. Altres ordenaments jurídics consideren que el límit d'edat només dóna lloc a una presumpció *iuris tantum*, de tal manera que per sota d'aquest límit el menor no respondrà llevat de prova en contrari que demostrï la seva capacitat de culpa civil. Finalment, altres ordenaments jurídics no estableixin un límit d'edat.

En principi no semblaria un bon criteri adoptar un límit d'edat fix amb caràcter absolut. Entre d'altres raons perquè no és massa clar quin ha de ser aquest límit (7 anys el DFCR i Alemanya, 14 anys als Països Baixos, Àustria i Portugal... però 5 només segons el *Restatement*⁸³), ni si ha de ser el mateix per a totes les activitats en les quals intervé un menor (p. ex. 7 anys, com a criteri general a Alemanya, però 10 per a accidents on intervenen automòbils, trens i, en general vehicles que van sobre rails [cf. § 828 (1) i (2) BGB], llevat que el menor entre 7 i 10 anys hagi actuat amb dol). Més discutible és si convindria fixar alguna edat que donés lloc a una presumpció.

Els PETL (cf. art. 4:102 (2) PETL), en canvi, s'inclinen per un criteri obert, perquè és molt més flexible: el grau de maduresa del menor dependrà d'un cúmul de circumstàncies com ara l'ambient on ha crescut el menor, l'educació que ha rebut, el tipus d'activitat en la qual s'ha produït el dany, etc...i el criteri flexible permet al jutge fer una valoració més adaptada a les peculiaritats de cada cas.

Hi hagi o no edat fixa, la segona qüestió que es planteja és com s'analitza la conducta del menor, si amb un criteri *objectiu* (en relació a la capacitat d'altres menors

⁸³ Cf. § 10 Children .- (b). A child less than five years of age is incapable of negligence.

de la mateixa edat, com ho fan l'art. 3:103 (1) DCFR i § 10 (a) *Restatement*) o en relació a un criteri *subjectiu* (anàlisi del menor concret, com ho fa l'art. 4:102 (2) PETL). La principal crítica al criteri objectiu és que és il·lusori, perquè com que cal anar-lo ajustant a les circumstàncies particulars del menor, esdevé finalment un criteri subjectiu. La principal crítica que s'acostuma a formular al criteri subjectiu és que pot donar lloc a situacions complexes en les quals aquells que han de respondre pels menors s'esforcin en demostrar que els seus fills tenen menys enteniment que altres menors que tenen la mateixa edat i que es troben en les seves mateixes circumstàncies. A aquesta crítica caldria afegir-li que suposa emprar un criteri diferents pels menors, atès que en relació als adults el criteri és objectiu (el de "la persona raonable que es trobi en les mateixes circumstàncies").

La manca de capacitat de culpa civil pot també venir donada per les anomalies psíquiques. Encara que alguns ordenaments tracten de manera diferent els dos supòsits (com també ho fa el DCFR, cf. VI.-Chap. 3, Sec. 1 en relació a l'art. VI.- 5:301 DCFR), en un principi no sembla haver-hi raons de prou pes per a un tractament d'aquesta mena (cf. en aquest sentit, i en més detall, § 11 *Disability, Restatement*). Cal plantejar-se finalment si les anomalies físiques, en alguns casos, poden servir també per a modular d'alguna manera la diligència.

B) ESTÀNDARD DE CONDUCTA EXIGIBLE

L'estàndard o patró de conducta més estès és el de la "persona raonable" (formulació moderna del vell criteri del *bonus pater familiae*) (cf. Art. 4:101 i 4:102 (1) PETL i art. VI.- 3:102 (b) DCFR) i, si bé amb una formulació lleugerament diferent, § 3 *Restatement*).

Aquest patró de conducta s'haurà d'adaptar a les circumstàncies de cada cas. El DFCR no dóna criteris per a fer aquesta adaptació. En canvi, alguns dels que dóna l'art. 4:102 PETL⁸⁴ ja han estat emprats per la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol atès que, d'acord amb les SSTS 17 juliol 2007 [RJ 2007\4895] i 21 novembre 2008 [RJ 2009\144]), "tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y complementar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones".

⁸⁴ Art. 4:102. *Estàndard de conducta exigible*. (1) L'estàndard de conducta exigible és el d'una persona raonable que es trobi en les mateixes circumstàncies i depèn, en particular, de la naturalesa i el valor de l'interès protegit de què es tracti, de la perillositat de l'activitat, de la perícia exigible a la persona que la duu a terme, de la previsibilitat del dany, de la relació de proximitat o d'especial confiança entre les persones implicades, així com de la disponibilitat i del cost de les mesures de precaució i dels mètodes alternatius.

La primera de les dues sentències esmentades va fer servir el criteri de la “relació de proximitat o especial confiança”, per considerar que qui rebia a casa seva com a amfitrió a uns amics que venien a sopar no havia estat negligent pel fet de que un d’ells—el qual havia entrat a casa seva com si fos a la pròpia— va caure en trepitjar un objecte (no va quedar clar, però semblava que era una petita joguina amb rodes) que hi havia en el terra d’un passadís fosc.⁸⁵ En la segona sentència, referida als danys causats per l’explosió produïda per les emissions de gas d’un producte químnic altament perillós, emprat de manera massiva per a desinsectar una casa, el Suprem, amb cita als PETL, va fer servir el criteri del coneixement la perillositat del producte per a considerar que el demandat no havia estat prou diligent.

La negligència pot resultar també de la infracció de lleis o reglaments que prescriuen o prohibeixen una determinada conducta. En general, la regla és que la infracció d’aquest tipus de norma comporta actuació negligent, mentre que la seva observança no és suficient per a fonamentar la diligència. Els PETL es refereixen a aquest criteri com a un criteri més per a determinar l’estàndard de conducta (cf. Art. 4:102 (3) PETL), mentre que el DCFR, possiblement per influència del § 823 BGB i del *tort de breach of statutory duty* del *Common Law*, considera la infracció de la llei o reglament amb finalitat protectora com un supòsit apart (cf. Art. VI.- 3:102 (a) DCFR).

C) INVERSIÓ DE LA CÀRREGA DE LA PROVA DE LA CULPA

Des dels any 40’ del segle passat fins fa menys d’una dècada, la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol –probablement sense saber-ho- es va alinear amb la de la majoria dels països regits per les anomenades “democràcies populars” i va fer un ús gairebé sistemàtic i, en tot cas abusiu, de la presumpció de culpa i inversió de la càrrega de la prova de la culpa. L’efecte pràctic d’aquest enfocament conegut amb el pompós nom de “proceso de objetivación de la responsabilidad” era que el demandant havia de provar l’actuació del demandat, el dany i la relació de causalitat entre un i l’altra, mentre que, per regla general, corresponia al demandat provar que no havia estat negligent.

En els darrers anys, però, el Tribunal Suprem ha abandonat amb encert aquest enfocament, tot recordant que l’art 1902 CC no admet una inversió sistemàtica de la càrrega de la prova de la culpa, sinó que això només serà possible “en supuestos de

⁸⁵ La sentència ha estat comentada per Pablo Salvador Coderch/Sonia Ramos González, *Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados*, 2 InDret (2008). Per a una visió alternativa del tema, en el seu famós discurs com a degà de la Universitat de Giessen, Ihering deia: “Bei Gefälligkeitsverhältnissen dagegen ist es ebenso natürlich, dass der, welcher die Gefälligkeit erhält, welcher also gewinnt, für *culpa levis*, als dass der, welcher sie erwies, welcher also opfert, bloß für *culpa lata* einstehe”. Cf. Rudolph von Ihering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Giessen, Emil Roth, 1867, p. 54.

riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole” (cf., per exemple, SSTS 2 març 2006 [RJ 2006\5508]; 22 febrer 2007 [RJ 2007\1520]; 5 maig 2008 [RJ 2008\2947]).

La regla de la inversió de la càrrega de la prova limitada al supòsits de “riscos extraordinaris” es troba formulada de manera clara en les PETL i, en el context espanyol no té per a objecte expandir la responsabilitat sinó limitar-la a supòsits en que el caràcter extraordinari del risc ho justifiqui. El que justifica la inversió és, segons l’art. 4:201 PETL “la gravetat del perill”, la qual es determina mitjançant una fórmula semblant a la del Judge Learned Hand:

Gravetat del perill = gravetat del dany x probabilitat que es produeixi

4.2 Responsabilitat per activitats “anormalment perilloses”: clàusula general de responsabilitat objectiva v. supòsits específics

La responsabilitat per riscos extraordinaris o per perill greu, i que només dona lloc a una inversió de la càrrega de la prova de la culpa no es pot confondre amb la responsabilitat per “activitats anormalment perilloses” que tant en els PETL com en el *Restatement* serveixen de base a una clàusula general de responsabilitat objectiva (cf. Art. 5:101 PETL i §20 *Restatement*). En els dos textos aquestes clàusules són pràcticament idèntiques. Estan pensades per a supòsits molt residuals, atès que requereixen la concurrència de dos elements: (1) Que l’activitat sigui “anormalment perillosa”, és a dir, que creï un risc previsible i significatiu de dany malgrat que hom empri tota la cura deguda en el seu exercici i (2) Que l’activitat no sigui una d’aquelles que són “d’ús comú”, és a dir, que no sigui d’aquelles que en una comunitat la duu a terme una gran part de la població.

Així per exemple, avui la conducció de vehicles a motor no és una activitat anormalment perillosa perquè la duu a terme una gran part de la població. Certament, el legislador la pot sotmetre a un règim de responsabilitat objectiva o no (com en el cas d’Anglaterra), però no és una activitat que quedi compresa en la clàusula general. Qüestió diferent seria si tinguéssim en compte la societat on van començar a circular els primers vehicles a motor: aleshores era una activitat nova, amb uns perills desconeguts als quals encara no s’havia adaptat la població. La manca “d’ús comú” hauria justificat l’aplicació d’aquesta clàusula. Per aquest criteri, altres tipus d’activitats, com ara enderrocar edificis amb explosions controlades de càrregues de dinamita, seran sempre “anormalment perilloses”.

El *Restatement* combina aquesta clàusula general amb supòsits específics de responsabilitat objectiva, cosa la qual no fan els PETL, que no es pronuncien sobre casos específics i remetent al que disposi el legislador nacional.

Que el legislador nacional pot establir casos específics de responsabilitat objectiva és quelcom clar i habitual. És més, és el que succeeix en la majoria dels països del nostre entorn. El que és més extraordinari és que ho pugui fer el jutge, com expressament preveuen el PETL en indicar que “llevat que la llei nacional disposi altrament, els supòsits addicionals de responsabilitat objectiva poden establir-se per analogia amb d’altres que originin un risc semblant de dany” (art. 5:102 PETL). Aquesta és un regla molt minoritària en l’àmbit europeu (probablement només s’aplica a Àustria) i és molt difícil d’acceptar en un tradició cultural com la nostra.

En l’àmbit europeu és molt difícil posar-se d’acord en quins supòsits concrets ha d’existir responsabilitat objectiva. Com és ben sabut, els francesos mantenen una concepció molt peculiar de “responsabilitat per fet de les coses” (*responsabilité du fait des choses*), la qual s’aplica tant per la guarda de coses com d’animals, i tant si estan en moviment com si no, i provoca una ampliació molt considerable de l’àrea de responsabilitat objectiva.⁸⁶ Anglaterra, en canvi, es troba en l’altra extrem, atès que la responsabilitat objectiva és molt excepcional. En un terme mig, amb més o menys supòsits de responsabilitat objectiva es troben la majoria dels països europeus, inclosa Espanya.

El DCFR estableix un llistat de supòsits bastant ampli. Tot deixant de banda la responsabilitat per fet aliè en el cas d’auxiliars o dependents que, com hem dit, creiem que no està ben classificada al DCFR, proposa com a casos de responsabilitat objectiva els:

- (a) danys causats per l’estat perillós d’un immoble (art. VI.- 3:202 DCFR);
- (b) danys causats per animals (art. VI.-3:203 DCFR);
- (c) danys causats per productes defectuosos (art. VI.-3:204 DCFR);

⁸⁶ Règim que la Proposició actualment en tràmit reformula en els articles següents:

«Art. 1386-4. – On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses ou des animaux que l’on a sous sa garde.

«Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d’exonération.

«Art. 1386-5. – Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

«Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l’anormalité de sa position ou de son état.

«Art. 1386-6. – Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose ou de l’animal lors de la survenance du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

(d) danys causats per vehicles a motor (art. VI.- 3:205 DCFR) i

(e) danys causats per substàncies i immissions perilloses (art. VI.- 3:206 DCFR).

Crec que aquests casos mereixen un estudi molt detallat per part del codificador del Llibre VI del Codi civil de Catalunya.

4.3 La responsabilitat per fet aliè

Molt breument i parcialment, atès que la ponència del Dr. Jose Solé s'ocupa específicament de la responsabilitat de l'empresari, la primera qüestió que es pot assenyalar és la necessitat de distingir la responsabilitat en funció de si la relació que té la persona que respon (A) amb aquesta altre persona (B), i que fonamenta la responsabilitat, és en benefici de la persona per la qual hom respon (B) o és una relació que s'estableix en benefici del qui respon per altri (A).

Dins del primer cas es troben totes aquelles persones que tenen el deure de vetllar per altri, fonamentalment, pares, tutors i institucions per menors i persones discapacitades.

En relació als menors els models són molt diferents:

a) *Responsabilitat per culpa*: En el *Common Law* la responsabilitat dels pares pels fills (o en general, de persones que tenen el deure de vetllar pels menors) no es vincula a una relació de Dret de família o de protecció de menors i, per tant, no constitueix un supòsit específic. Aquests persones responen si han estat negligents en la supervisió del menor, però com en qualsevol cas en què haguessin infringit un *duty of care* respecte a un estrany.

b) *Responsabilitat objectiva ("vicària")*: En l'altre extrem trobem el Dret francès, amb una jurisprudència que ara vol consolidar la Proposició de Llei presentada: els pares (tutors i persones físiques o jurídiques encarregades de vetllar pel menor) responen objectivament (*de plein droit*, diu el Codi⁸⁷, és a dir, en la terminologia nostra, responen "vicàriament").

c) *Responsabilitat per culpa presumpta*: En el mig ens trobem amb ordenaments jurídics com ara l'alemany (§ 832 BGB), belga, (art. 1384.5 CCB), italià (arts. 2047 i 2048 cc), portuguès (art. 491 CCP), txec (arts. 420 i 422 CCC) i també l'espanyol

⁸⁷ «Art. 1386-7. - Sont responsables de plein droit des dommages causés par un enfant mineur :

«1° Ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;

«2° Son tuteur, en cas de décès de ceux-ci ;

«3° Les personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie.

«La responsabilité mentionnée à l'alinéa précédent peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur».

(art. 1903 CC) en la seva interpretació textual (cf. Art. 1903 VI CC), els quals estableixen un sistema de responsabilitat per culpa presumpta. Hom presumeix la culpa de la persona que ha de respondre pel menor, però hom li permet efectivament provar que ha actuat amb la diligència deguda i, si és així, alliberar-se. La pràctica jurisprudencial espanyola s'ha allunyat del model que estableix el Codi civil en no permetre que els pares puguin demostrar mai que han actuat amb la diligència deguda (cf. p. ex. la STS 8 març 2006 [R] 2006\1076] i el cas especialment dramàtic de la STS 10 novembre 2006 [R] 2006\7170]), amb la qual cosa el règim espanyol actual s'aproxima a un autèntic model de responsabilitat vicària.

Finalment, en l'àmbit comparat el Codi civil holandès ofereix un exemple únic de combinació dels tres models en funció de l'edat del menor: els pares holandesos responen com el francesos quan els seus fills tenen menys de 14 anys (model [b]), com els alemanys quan tenen entre 14 i 16 (model [c]) i com els anglesos quan en tenen més de 16 (model [a]) (cf. Art. 6:169 BW).

Els PETL han seguit en aquest cas el model de responsabilitat per culpa presumpte (cf. Art. 6:101 PETL) i, després de molt dubtes i amb ulteriors matisacions, també és el que finalment ha adoptat el DCFR per a menors de menys de 14 anys (cf. Art. VI.- 3:104 (1) en relació a l'apartat (3)), si bé sembla que a partir dels 14 anys s'hauria demostrar la culpa del progenitor.

Com que el model de la culpa presumpte pressuposa la possibilitat de que el pare o persona que respon pel menor pugui alliberar-se, significa també que es poden donar casos en que (a) qui respon és únicament el menor (el qual probablement serà insolvent) o bé (b) si el menor es civilment inimputable no respongui ningú.

En el primer cas, la conseqüència no és de tipus extraordinari: si el menor imputable i únic responsable és insolvent, com un adult insolvent, respondrà malgrat tot amb els seus béns futurs.

En el segon cas la conseqüència, agradi o no a la víctima, és coherent amb un sistema de responsabilitat civil que requereix la capacitat de culpa civil. En alguns ordenaments però, s'ha ofert com a mesura d'equitat el que s'anomena "responsabilitat per equitat": el menor inimputable que ha actuat d'una manera "objectivament negligent" respondrà amb caràcter excepcional malgrat la seva inimputabilitat si així ho requereix l'equitat. Aquesta circumstància es donarà si la víctima no pot obtenir la indemnització del dany perquè la persona que tenia el deure de vetllar pel menor no ha estat negligent i si fer respondre per equitat al menor no el priva dels mitjans econòmics necessaris per a fer front al seu manteniment, incloent-hi els seus eventuais deures de sosteniment d'altres persones. (cf. § 829 BGB). A la pràctica l'aplicació de la norma és molt excepcional i això sembla ser també el que succeeix a altres països que implícitament (Itàlia: art. 2047) o explícitament (Àustria, art. 1310 ABGB i Portugal, art. 499 CC) la reconeixen. Més a més, aquesta norma

obre multitud d'interrogants (quins factors entren en la valoració d'equitat, quin pes té cadascun d'ells, si té rellevància o no l'existència d'assegurança privada o només la d'assegurança obligatòria, etc.) per la qual cosa hom pot dubtar de la seva utilitat/necessitat pràctica. Els PETL no incorporen aquesta clàusula d'equitat (cf. art. 6:101 PETL), però el DCFR sí (cf. Art. VI.-3:103 (3) DCFR).

Entre les moltes altres qüestions que s'han de resoldre en una regulació s'hi troben les següents: (a) a banda del pares i tutors, quines altres persones i institucions han de respondre pel menors; (b) si, tot existint pares o tutors, el dany es produeix en l'àmbit d'actuació d'una altra persona o institució (p. ex. escola, cangur), hi ha una delegació de responsabilitat de tal manera que només respon aquesta persona o es manté un marge, si més no residual, de responsabilitat dels pares?; (c) si s'acumula la responsabilitat dels pares o tutors a la de la persona o institució en l'àmbit de la qual es produeix el dany, com s'articulen les responsabilitats de cadascú? (d) en el cas d'escoles privades qui respon: el mestre, el director o l'empresa propietària?; (e) en aquest darrer cas, si es desplaça el tema de la responsabilitat en la supervisió de menors a l'àmbit de la responsabilitat de l'empresari pel fet del seus dependents, hi ha alguna raó per a excloure l'acció de regrés del empresari contra l'educador negligent?

La Proposició francesa actualment en tràmit intenta resoldre moltes d'aquestes qüestions, tot combinant el resultat d'una llarga i complexa trajectòria jurisprudencial, la qual ara es fixa en el Codi civil amb les correccions que el legislador considera ineludibles, amb les innovacions que considera necessàries.⁸⁸

5. Les causes d'exoneració, en especial la concurrència de culpa de la víctima.

Un cop concorren tots els requisits que fonamenten la responsabilitat, qui ha causat un dany a altri ha de respondre llevat que pugui oposar una causa d'exoneració. Molt breument, tant els PETL com el DCFR dediquen molta atenció a les causes d'exoneració i, especialment, a la concurrència de culpa de la víctima, atès que en la pràctica aquesta és una de les causes d'exoneració (parcial o total) més freqüent.

⁸⁸ Vegeu l'art. 1386-7, citat en la nota anterior, on s'estableix l'acumulació de responsabilitats, l'art. 1386-8 referit a persones majors necessitades d'una "vigilància especial".

L'art. 1386-9 estableix una responsabilitat simplement presumpte d'aquelles persones no esmentades en els dos articles anteriors i que assumeixen professionalment la tasca de vigilància d'aquestes persones: "Art. 1386-9. - Les personnes non mentionnées aux articles 1386-7 et 1386-8 qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute".

Algunes de les idees bàsiques que cal tenir en compte en la legislació sobre la matèria són les següents:

(1) Que no podem parlar pròpiament de causes d'exoneració si no concorren tots els elements que fonamenten la responsabilitat. En aquest sentit dir que la força major, la culpa exclusiva de la víctima o el fet de tercer són causes d'exoneració quan qui respon ho fa per culpa és impropï, atès que aquestes circumstàncies el que impedeixen és, pròpiament, que concorri per part del causant del dany un element imprescindible per a fonamentar la seva responsabilitat que és la culpa. En aquest sentit, els PETL divideixen les causes d'exoneració en causes de justificació (art. 7:101 PETL) i "causes d'exoneració en casos de responsabilitat objectiva" (art. 7:102 PETL) i inclouen dins d'aquestes darreres la força major i la conducta d'un tercer (però no la culpa exclusiva de la víctima perquè, sense abandonar el criteri exposat, fa un tractament del tema per separat, cf. art. 8:101 PETL).

(2) No és contradictori a aquest criteri el fet que el DCFR inclogui la discapacitat psíquica (*mental disability*, encara que l'art. VI.- 5:301 DCFR parla de *mental incompetence*) dins de les causes d'exoneració. Ho fa perquè, com indica en el comentari a aquest article,⁸⁹ a Europa existeixen diversos models per a tractar la responsabilitat dels discapacitats mentals, és a dir, els que són incapaços de culpa civil o tenen aquesta capacitat disminuïda amb motiu d'una anomalia psíquica. A diferència dels PETL que donen un tracte uniforme a menors i discapacitats, el DCFR considera que els discapacitats responen, si bé després suavitza la seva responsabilitat tot introduint una causa d'exoneració *sui generis*, la qual comportarà una mena de "responsabilitat per equitat"(cf. art. VI.- 5:301 DCFR).

(3) El tractament que donen els PETL i el DCFR a la concurrència de culpa de la víctima és molt semblant, i coincideix també en gran mesura amb el que dona el *Restatement* referit a la distribució de responsabilitats (*Apportionment of Liability*).

El punt de partida en els textos europeus i en els *Restatements* nord-americans és que la concurrència de culpa de la víctima no és només un problema de "culpa", de "causalitat", o d'"imputació objectiva". Tots aquests elements tenen rellevància, però s'han d'afegir a tots els altres que podrien fonamentar la responsabilitat, els quals també han de concórrer. Per tant, per tal que hi hagi "concurrència de culpa de la víctima", apta per a disminuir o excloure la responsabilitat del causant, cal que concorrin en la víctima tots aquells elements que caldria que concorreguessin per a fonamentar la responsabilitat si la víctima, en comptes de víctima, fos causant del dany. Aquesta idea que, a primera vista, pot semblar un embolic, s'expressa internacionalment amb la idea de la regla o principi d'"imatge en el mirall" (*mirror-image rule / principle*): la culpa concurrent de la víctima està subjecta a pressupòsits que

⁸⁹ Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3689 i ss.

són similars als requerits per establir la responsabilitat de l'autor del dany. Aquesta idea del "mirall" és acceptada unànimement, tant per l'art. 8:101 PETL⁹⁰, l'art. VI-5:102 DCFR⁹¹ com per la Secció 3 del *Restatement-Appportionment of Liability*⁹². Això, significa, entre altres coses que, encara que en el cas de la víctima no es pot parlar d'un deure de diligència (ningú no té el deure de ser diligent amb sí mateix) sinó d'una càrrega "d'auto-protecció", aquesta causa d'exoneració, com la responsabilitat per culpa, requereix que la víctima sigui capaç de culpa civil, és a dir, la capacitat de comprendre la diferència entre el bé i el mal i d'actuar en conseqüència. El mateix requisit també és cert en la majoria dels sistemes jurídics de nostre entorn, però no el cas espanyol.

Com és ben sabut a, les lleis generals espanyoles no hi ha una regulació de la concurrència de culpa de la víctima. En el Codi civil espanyol alguns autors la volen veure a l'art. 1103 CC, on no s'esmenta. Sí s'esmenta, en canvi, als arts. 114 CP i 145 TRLGDCU, però aquests preceptes no regulen tots els seus efectes. Diverses lleis especials parlen "de culpa exclusiva" (art 33.5 Llei de caça) o de "culpa de la víctima: exoneración total o parcial" (art. 45.2 Llei d'Energia Nuclear), però tampoc en regulen els seus efectes.

L'única Llei espanyola que es pronuncia amb claredat sobre el punt de la concurrència de culpa de la víctima inimputable és una altra Llei especial: l'"Anexo al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" (LRCSCVM), on es diu que "Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo esta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste" (Primer, 2).

Es tracta d'una norma, crec, injustificadament dura per a un grup de víctimes que són persones especialment vulnerables. Precisament, en l'àmbit de la circulació de

⁹⁰ "El principio general establece que la exclusión o reducción de la responsabilidad está sujeta, *mutatis mutandi*, a las mismas reglas que se aplican para establecer la responsabilidad del causante del daño. En este sentido, este artículo utiliza la idea de la llamada "imagen en el espejo" como la manera más intuitiva y exhaustiva de formular el principio". Cf. Miquel Martin-Casals, Com. Art.8:101 PETL, cit. nota 1, núm. 3, p. 179.

⁹¹ "In essence (and apart from some exceptions mentioned below) this Article is built upon what might be called the "mirror principle"; everything which can go towards establishing accountability and thus liability on the part of one party for a legally relevant damage can (wholly or partially) reduce liability when the roles are reversed and it is the injured person's conduct or source of danger which is under scrutiny", Com. Art. VI-5:102 DCFR, cit. nota 2, p. 3628.

⁹² The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability*, §§ 1-End, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000, "Section 3. *Ameliorative Doctrines for Defining Plaintiff's Negligence Abolished*. The plaintiff's negligence is defined by the applicable standard for a defendant's negligence. Special ameliorative doctrines for defining the plaintiff's negligence are abolished".

vehicles a motor existeix una tendència a protegir més a les víctimes que en altres activitats. En aquest sentit és paradigmàtica la Llei francesa coneguda com a “Loi Badinter”, la qual ara s’integrarà al Codi civil francès amb un redactat diferent, però que en aquest punt, manté la mateixa idea:

« Art. 1386-58. - *Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.*

« *Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.*

« Art. 1386-59. - *La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens.*

« *Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.*”..

És a dir, en l'àmbit de la circulació, en el cas de lesions corporals no es pot oposar la culpa exclusiva de la víctima com a causa d'exoneració total, excepte en el cas de culpa greu especialment qualificada o actuació dolosa de la víctima. La concurrència de culpa de la víctima, en canvi, es causa d'exoneració, total o parcial, en el cas de danys a les coses, llevat d'aquelles que es refereixen al mobiliari especialitzat i aparells lliurats sota prescripció mèdica (p. ex. pròtesis), les quals, per a protegir les víctimes, segueixen el règim de les lesions corporals.

En tot cas, aquesta especialitat es refereix a víctimes imputables civils, perquè per a les inimputables regeix la regla general, que ara s'inclourà en el Codi civil francès, i que, en paraules del informe previ del senat, “suprimirà tot efecte exoneratori de la concurrència de culpa de la víctima quan aquesta estigui privada de discerniment”.⁹³ La regla suposa un canvi substancial respecte el Dret francès actual i no només un esforç de coherència interna, sinó també per apropar-se a una solució gairebé universal on les veus discrepants ara seran només el Dret espanyol, el polonès, l'italià i un sector doctrinal del portuguès cada cop més minoritari.

⁹³ “Recommandation n° 11.- Inscrire dans le code civil les règles jurisprudentielles relatives à l'exonération de la responsabilité de l'auteur d'un dommage du fait de la victime, en supprimant tout effet exonératoire lorsque cette dernière est privée de discernement”. Cf. Informe del Senat cit n. 8. i arts. 1386 i 1386-1 de la Proposició de Llei.

Sobre aquest punt la doctrina espanyola està dividida⁹⁴, i si bé hi ha alguna sentència aïllada que no admet el caràcter exoneratori de la concurrència de culpa de la víctima quan aquesta és un menor inimputable⁹⁵, la jurisprudència majoritària és especialment dura amb els menors. Un bon exemple és la STS 6 de febrer de 2008 (RJ 2008\1215), relativa a una nena de 6 anys atropellada per un tren quan intentava creuar un pas nivell per un espai situat entre la barrera, la qual estava baixada, i el mur. L'accident li va produir l'amputació d'una cama, i tant el Jutjat de Primera Instància com l'Audiència van condemnar la companyia ferroviària a indemnitzar la totalitat dels danys degut a que havia estat negligent. L'Audiència va descartar expressament la concurrència de culpa o la culpa exclusiva de la víctima, "atendiendo a la corta edad de la actora al tiempo del accidente, lo que permitía presumir que la misma carecía de la capacidad suficiente para conocer el alcance de sus hechos y la trascendencia de sus actuaciones". El Tribunal Suprem, en canvi, redueix la indemnització en un 50% tot argumentant que "la menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada".

Finalment, no oblidem que en tots aquests casos hem estat parlant només de dos subjectes, víctima i causant del dany, tot deixant de banda, l'actuació d'altres persones com ara, en el cas de menors, dels pares. Passem a analitzar breument aquest darrer tema el qual s'acostuma a plantejar tot preguntat si existeix "identificació" entre la concurrència de culpa d'una tercera persona i la víctima, de tal manera que la conducta d'aquesta tercera persona es "comunica" a la víctima, tot perjudicant-la perquè exclou o redueix la indemnització que finalment haurà de percebre.

La regla bàsica que trobem en els PETL (art. 8:101 (3) PETL), DCFR (Art. VI.-5:102 (3) DCFR) i Restatement *Apportionment* (§§1-9) es pot sintetitzar tot dient que el fenomen només es produeix si la víctima a la qual es redueix la indemnització és una d'aquelles persones que hauria de respondre per la conducta de la persona amb la qual s'identifica⁹⁶. Així, la concurrència de culpa del auxiliar redueix la in-

⁹⁴ Fins i tot dins de mateix tractat de Reglero (2008), on mentre que en el vol I, p. 898 i ss Reglero considera que la reducció o exclusió pròpies, respectivament, de la concurrència de culpa de la víctima i de la culpa exclusiva de la víctima no s'apliquen als inimputables, Gómez Calle, al vol III, p.183 i ss considera que sí.

⁹⁵ En aquest sentit la STS 26 març 2004 (RJ 2004\1952) (si bé incorrectament, en clau d'absència de causa) i STS 11 de maig 2004 (RJ 2004\2730), en clau d'absència de "culpa", en assenyalar que: "dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona".

⁹⁶ Hi ha altres regles secundàries, com ara que en la indemnització per causa de mort la conducta o activitat concurrent de la víctima primària redueix la indemnització que rebran les víctimes secundàries (cf. art. 8:101 (2) PETL).

demnització del principal-víctima; el mateix podríem dir de la concurrència de culpa del menor o discapacitat, la qual reduiria la indemnització del pare o tutor víctima. De nou, doncs, ens trobem amb la regla del mirall, regla la qual, però, no funciona al revés: de la mateixa manera que a ningú li passa pel cap que la concurrència de culpa del empresari (principal) pugui reduir la indemnització que haurà de rebre el seu empleat (auxiliar), tampoc s'hauria de permetre que la concurrència de culpa del pare o tutor pugui reduir la indemnització que haurà de rebre el menor o discapacitat. En matèria de responsabilitat extracontractual, com hem vist, els pares responen pels fills, però els fills no responen pels pares.

6. La concurrència d'una pluralitat de causants del dany: solidaritat absoluta?

Les regles generals en matèria de responsabilitat extracontractual del Codi Civil espanyol (arts. 1902 i ss CC) no regulen els supòsits de pluralitat de causants del dany. Com és ben sabut, en la regulació de la part general de les obligacions, els arts. 1137 i 1138 CC estableixen que en el supòsit de concurrència de diversos deutors d'una sola obligació, la solidaritat no es presumeix i només s'aplicarà quan "l'obligació expressament ho determini". Un sector de la doctrina ha defensat l'aplicació del precepte, no només a les obligacions contractuals, sinó també a les extracontractuals i, en la mesura que en aquest últim àmbit no hi ha cap norma que disposi la solidaritat, entén que quan diversos agents concorren a causar el dany la seva responsabilitat serà mancomunada i s'haurà repartir proporcionalment a la participació de cadascun.⁹⁷ Tanmateix, la doctrina dominant sosté l'opinió contrària i considera que la pluralitat de causants del dany sempre ha de donar lloc a la responsabilitat solidària de tots els participants, tot destacant-se, per a reforçar altres arguments de tipus normatiu, que la responsabilitat solidària és el règim més favorable a l'hora de rescabalar al perjudicat, tant en els supòsits en què un dels obligats resulta insolvent, com en aquells altres en què el perjudicat li resultaria ex-

⁹⁷ Cf. Manuel Albaladejo García, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, ADC 1963, pp. 345-375; Ángel Cristóbal Montes, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985, p. 105, especialment p. 116; Mariano YzquierdoTolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 401.

tremadament costós haver de demostrar la part del dany atribuïble a cada responsable.⁹⁸

La regla de la responsabilitat solidària és també la dominant en la jurisprudència espanyola des de principis del segle XX⁹⁹ i, també la majoria de sentències actuals del TS imposen la solidaritat entre causants del dany i, al fil dels arguments desenvolupats per la doctrina, la justifiquen per “raons d'equitat, interès social, i assegurar la protecció de la víctima”, especialment en aquells casos en què “tot interveint una pluralitat d'agents amb concurrència causal en la producció de l'esdeveniment danyós, no és factible individualitzar la contribució de cadascú”.¹⁰⁰ Amb caràcter més esporàdic, la jurisprudència també ha recollit algun altre argument apuntat per la doctrina, com ara el fet que la solidaritat és el règim més protector per als drets dels perjudicats¹⁰¹ o l'argument normatiu segons el qual, els arts. 1137 i 1138 CC, contraris a presumir la solidaritat, “es refereixen a les obligacions nascudes dels contractes, i no dels fets o omissions il·lícits”.¹⁰²

Cal tenir present, però, que en els casos de pluralitat de causants del dany moltes sentències del Suprem qualifiquen la solidaritat com a "solidaritat impròpia", o "responsabilitat *in solidum*". Amb alguna excepció¹⁰³, la major part de la doctrina, o bé critica la introducció d'aquesta categoria, la qual no té base legal en l'ordenament espanyol, i la veu com un subterfugi jurisprudencial per salvar el text dels arts. 1137 i 1138 CC, contraris a la presumpció de solidaritat, o bé opta per un ca-

⁹⁸ Els altres arguments a favor d'aquesta posició són també ben coneguts: (a) s'afirma que la presumpció de no solidaritat dels arts. 1137 i 1138 CC només es refereix a les obligacions nascudes d'un conveni però no a les derivades d'un acte il·lícit; (b) hom parla de l'aplicació analògica de l'art. 116 CP-1995 (antic art. 107 CP anterior), el qual imposa la responsabilitat solidària entre els autors d'un delictes o falta. Per a una síntesi dels arguments, vegeu per tots, Ricardo de Ángel, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid-Bilbao, Ediciones Universidad de Deusto—Civitas, 1992, p. 847.

⁹⁹ Per exemple, SSTS 23.12.1903; 2.3.1915; 21.6.1946 i 19.2.1959.

¹⁰⁰ En aquest sentit STS 2002.03.07, 3a., (RJ 2002\4151) i moltes altres sentències com ara SSTS 9.3.2000 (RJ 2000\1515); 11.4.2000 (RJ 2000\2148) o 27.6.2001 (RJ 2001\5087).

¹⁰¹ Per exemple, SSTS 15.02.2001 (RJ 2001\1449); 14.4.2001 (RJ 2001\3640).

¹⁰² Per exemple STS 14.04.2001 (RJ 2001\3640).

¹⁰³ És partidari d'aquesta categoria J. R. León Alonso, *La categoría de la obligación in solidum*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

ràcter restrictiu.¹⁰⁴ D'altra banda, la característiques pròpies de la “solidaritat impròpia” no són del tot clares¹⁰⁵ o han quedat difuminades en els darrers temps.¹⁰⁶

Potser per aquestes raons l'art. 1122 de La *Propuesta de Modernización* del Codi civil espanyol considera necessari referir-se a la solidaritat en la responsabilitat extracontractual com a un supòsit especial i diu en un dels seus apartats que “[S]erá solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

El problema, però, és que una regla d'aquesta mena, llevat de foragitar la categoria de la solidaritat impròpia, pot no produir masses efectes pràctics. Aquest argument de la impossibilitat d'individualitzar les conductes o de fixar la quota de participa-

¹⁰⁴ La posició més crítica es la d'YzquierdoTolsada, cit. nota 97, p. 407-411; Cristóbal Montes, cit. nota 97, p. 64, 68, 74 i ss. D'una forma més matisada, Francisco Rivero Hernández, a José Luis Lacruz et alt., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Madrid, Dykinson, 1999, p. 498, considera que “el único caso en el que cabe defender la responsabilidad de todos por el todo es aquel en el que la causación ha sido igualmente total para cada uno, de modo que cada agente podía haber causado el daño completo. Caso, éste, específico de las obligaciones por acto ilícito, que una parte de la doctrina (Cossío, León) denomina de obligación in solidum: a diferencia de las obligaciones solidarias, la deuda se contrae completa por cada uno de los obligados, si bien el pago por uno extingue la obligación de los otros”.

¹⁰⁵ Yzquierdo Tolsada, cit. nota 97, p. 480 i ss. enumera, com a efectes secundaris de la solidaritat pròpia que no es podrien donar en la impròpia, els següents: a) l'existència de representació o mandat tàcit entre els deutors solidaris, b) la interrupció de la prescripció perjudica per igual als deutors solidaris (art. 1974 CC), c) el reconeixement de deute, encara que no sigui novatori, dut a terme per un codeutor, afecta per igual a la resta codeutors com a acte interruptiu de la prescripció, d) si la sentència dictada contra els codeutors és recorreguda per un o diversos, no serà tampoc ferma respecte dels codeutors no recurrents, als quals aprofitarà també l'apel·lació; e) la constitució en mora d'un d'ells constitueix en mora als altres; f) la remissió del deute concedida a un codeutor aprofita a la resta, el mateix que la compensació, novació o confusió (art. 1143 CC); g) la cosa jutjada respecte d'un té valor per als altres, als quals estén els seus efectes, favorables i desfavorables (art. 1252.3 CC, derogat per la nova LEC), el que implicava, en l'anterior règim, que l'actuació processal d'un s'expandia als altres.

¹⁰⁶ Si més no, no sembla que de la jurisprudència del TS es pugui deduir una diferència clara. Així, si una de les possibles diferències entre solidaritat pròpia i impròpia fos l'extensió a tots els codeutors de l'eficàcia de la cosa jutjada de la sentència condemnatòria, després de l'entrada en vigor de la LEC aquesta diferència ha quedat eliminada, doncs, com afirma la STS 1706. 2002 (RJ 2002\5223), “[e]n la actualidad, tampoco a las obligaciones solidarias propias podría aplicarse la extensión de la cosa juzgada, conforme a los «vínculos de solidaridad» que preceptuaba el párrafo tercero del derogado artículo 1252 del Código Civil, ya que la referencia en cuestión ha sido suprimida en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Pel que fa a la interrupció del termini de prescripció, tampoc s'aprecien diferències entre solidaritat pròpia i impròpia, de manera que el TS ha aplicat a la solidaritat impròpia la regla prevista a l'art. 1974 CC sobre interrupció de la prescripció en casos de la solidaritat pròpia (SSTS 23.10.2000 [RJ 2000\9197]; 5.08.2001 [RJ 2001\7379]).

ció de cadascun d'ells és el que ara repeteix amb més freqüència el Tribunal Suprem espanyol en imposar la solidaritat quan hi ha una pluralitat de causants del dany. Malgrat aquest argument, però, són molt escasses les sentències que estableixen la mancomunitat quan s'han fixat les quotes de participació. Ans al contrari, una sèrie de sentències, tot i establir les quotes de participació de cada responsable, imposen després la responsabilitat solidària i diuen que les quotes són només rellevants en les relacions internes entre codeutors, quan s'exerceixi la corresponent acció de repetició.¹⁰⁷

La jurisprudència del Suprem aplica la regla de la solidaritat en casos de cursos causals cumulatiu (o “concurrentes”, en la terminologia del TS espanyol)¹⁰⁸. També l'aplica a supòsits de casualitat addicional, és a dir, de “dos conductas causales, imprudentes, además, sin cuya presencia no se hubiere producido el resultado y cuya influencia en él no se puede graduar” (STS 18.11.1987 [RJ 1987\9989]). L'aplica fins i tot en casos de cursos causals autònoms, un dels quals només agreuja l'entitat del dany causat per l'altre, i encara que la doctrina a vegades ho vulgui negar, també en el cas d'incertesa causal, perquè aquí tampoc podria determinar-se el grau de participació, (en realitat, però, el que no se sap aquí és si un pretès causant del dany ho ha estat efectivament o no).

Cal destacar, en línies molt generals, que l'aplicació de la solidaritat en casos de pluralitat de causants de danys és molt rigorosa en el Dret espanyol, i algun dels models que estem esmentat, com ara els PETL, poden oferir paràmetres per iniciar una reflexió sobre si realment és necessari que així sigui.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Així, per exemple, la STS 12.04.2002 [RJ 2002\2607] declara que “[l]a tendencia favorable a la declaración de solidaridad entre los responsables de un acto ilícito, se considera como la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera que lo establecen los artículos 1115, 1146, 1147 y 1148 del Código Civil (Sentencias de 20 de mayo de 1968 [RJ 1968, 2827], 20 de febrero de 1970 [RJ 1970, 938], 11 de mayo de 1968 [RJ 1968, 2438], 15 de octubre de 1976 [RJ 1976, 4188] y 23 de octubre de 1978 [RJ 1978, 3220])”.

¹⁰⁸ Que son aquells en els quals “dos cursos causales de diverso origen concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso y que cualquiera de los dos hubiera servido para producirlo con las mismas características y en las mismas circunstancias de forma en la producción del daño” (SSTS 18.6.1998 [RJ 1998\5066]; 7.11.2000 [RJ 2000\9911]).

¹⁰⁹ “Art 9:101 Solidaritat i parciarietat: relació entre la víctima i la pluralitat de causants del dany

(1) La responsabilitat és solidària si tot el dany sofert per la víctima o una part diferenciada és imputable a dues o més persones. La responsabilitat serà solidària si:

a) una persona participa en l'actuació il·lícita d'altres sabent que causa dany a la víctima, o la instiga o estimula;

b) el comportament o activitat independent d'una persona causa dany a la víctima i el mateix dany és també imputable a una altra persona;

7. Indemnització de danys

Resulta impossible en una ponència marc com aquesta entrar en detall en tots els aspectes que caldria tenir en compte en una regulació catalana sobre aquesta matèria. Com a idees bàsiques, cal destacar les següents:

7.1 *Dany patrimonials i morals. Dany “per se”?*

Las conseqüències de la lesió d'un interès jurídic protegit (PETL) o “dany jurídicament rellevat” (DCFR), són patrimonials (dany patrimonial) o extrapatrimonials (dany moral). El anomenats “danys patrimonials purs” (*pure economic losses*, traduïts segons altres com a “danys purament econòmics”) són danys caracteritzats per no comportar ni dany a la persona o ni a las coses de qui el reclama però, al cap a la fi, són danys patrimonials, atès que afecten el seu patrimoni en el seu conjunt. Les conseqüències dels danys personals o corporals són sempre patrimonials o extrapatrimonials (morals) si bé, en aquests casos, l'anomenat “dany moral” requereix una anàlisi més detallada pel que fa a les seves partides.

El DCFR estableix un *tertiumgenus*, difícil d'acceptar, que és el que anomena “dany/lesió en si mateix/a” (*injury as such*), conegut també com a “dany *per se*”, tot dient que “el dany en sí mateix s'ha de compensar amb independència de la compensació de danys patrimonials i no patrimonials” (cf. Art. VI.- 6:204 DCFR)¹¹⁰. Com reconeix el propi comentari del DCFR, una regla d'aquest tipus no es troba en cap codi ni en cap legislació nacional¹¹¹. Crec que la idea, que prové d'un arrossegament de la doctrina italiana del *danno biologico* és innecessària. Quan no hi ha restriccions del tipus que es troben en Dret italià per a indemnitzar el dany moral el problema es pot resoldre millor tot entenent que la lesió d'un dret de la personalitat dóna lloc a una dany moral que no cal demostrar i tot establint una correcta

c) una persona és responsable pel dany causat per un auxiliar en circumstàncies en què també l'auxiliar és responsable.

(2) Quan diverses persones es troben subjectes a responsabilitat solidària, la víctima pot reclamar tota la indemnització d'una o diverses d'elles, a condició que no obtingui major indemnització que la corresponent a l'import total del dany sofert

(3) Es considera que un dany és el mateix dany als efectes de l'apartat (1)(b) anterior si no existeix una base raonable per imputar-ne només una part a cadascuna de les persones responsables davant la víctima. A aquest efecte, la persona que afirma que el dany no és el mateix suporta la càrrega de la prova. Si existeix aquesta base raonable, la responsabilitat és parciària, és a dir, cada persona respon davant la víctima només per la part del dany que li és imputable.”

Vegeu també el que s'ha indicat anteriorment en relació als supòsits d'incertesa i l'anomenada “responsabilitat proporcional” (*proportionalliability*).

¹¹⁰ Art. VI.- 6:102 DCFR: “Injury as such is to be compensated independently of compensation for economic and non-economic loss”

¹¹¹ Cf. von Bar/Clive, cit. nota 2, p. 3799 i ss.

diferenciació de les diverses partides del dany moral (p.ex. en el cas de lesions corporals, tot destacant l'anomenat "dany anatòmic-funcional" com una partida autònoma).

7.2 Principis bàsics

El principi bàsic més important en matèria de danys és el de la reparació integral. La reparació ha de posar a la víctima en una posició el més semblant possible a aquella en què es trobaria si no s'hagués produït el dany (art. 10:101 PETL, art. VI.-6:101 (1) DCFR). Sovint es fa servir el terme "reparació" com a genèric (Ch. 6, Lib. VI DCFR), el qual inclou la reparació en forma específica ("restoration in kind", 10:104 PETL) i la indemnització pecuniària ("damages", art. 10:101 PETL; "compensation" VI.-6:101 (2) DCFR). La primera la pot demanar el danyat, si així ho prefereix i està subjecte a límits de la raonabilitat (ha de ser possible, no excessivament carregosa, etc.). La segona es pot pagar mitjançant una suma global o mitjançant una renda periòdica, i mentre el DCFR estableix que el pagament de suma és la regla i el de la renda l'excepció (cf. Art. VI.-6:203 DCFR) els PETL fan dependre l'elecció del tipus de pagament dels interessos de la víctima (cf. Art. 10:102 PETL). Tots dos textos estableixen una regla de *compensatio lucri cum damno* (cf. arts. 10:103 PETL, art. 6:103 DCFR) i el DCFR una regla *de minimis* (cf. Art. VI.-6:102 DCFR).

Més a més del principi de reparació integral, altres principis importants són:

- Principi de *personalització de les indemnitzacions*: S'han d'aplicar criteris que permetin tenir en compte les particulars conseqüències patrimonials i no patrimonials que el dany ha produït a la concreta víctima.
- Principi d'*igualtat*: Els danys iguals han de ser compensats de manera igual, sense que es produeixi cap tipus de discriminació o diferència injustificada entre víctimes.
- Principi de *proporcionalitat*: Les indemnitzacions han de ser proporcionades als danys soferts per les víctimes.
- Principi de *vertebració*: La valoració s'ha de dur a terme mitjançant una estricta separació entre els danys patrimonials i no patrimonials.
- Principi de *diferenciació*: Ha de produir-se una clara separació, dins dels dos tipus de danys, de les concretes subespècies o partides de dany que s'indemnitza. Això té especial importància en el cas dels danys morals, en què s'haurien de delimitar les diferents categories.

7.3 Danys patrimonials

En el cas de danys patrimonials la distinció entre “dany emergent” i “lucre cessant” és cabdal en tots els països del nostre entorn. Per regla general, hom proposa compensar també la pèrdua d’ús (cf. Art. 10:203 PETL i art. VI.- 2:206 (2) (a) DCFR).

Pel que fa el lucre cessant, entès com a guany deixat d’obtenir d’acord amb el curs normal de les coses, hom requereix, en primer lloc que sigui lícit, de tal manera que les pèrdues relacionades amb activitats o fonts d’ingressos que es consideren il·legítimes no podran ser rescabades (cf. art. 2:103 PETL).

Com el dany emergent, el lucre cessant s’ha de calcular de la manera tan concreta com sigui possible. En el cas de lucre cessant derivat de danys corporals es presenten problemes greus respecte el lucre cessant futur. Ni els PETL ni el DCFR entren –ni poden fer-ho, atesa la gran divisió que existeix a Europa sobre la matèria– en el complex tema de la valoració del dany patrimonial derivat de la mort i les lesions corporals ni, de manera especial, del lucre cessant en aquests casos. El tema es remet al que determini la legislació nacional (art. 6:203 (2) DCFR) i s’indiquen només algunes regles molt genèriques (cf. arts. Art. 10:202 PETL).

El que cal destacar, però, es que per tal que es produeixi la compensació del lucre cessant no cal que hagi estat efectiu, és a dir, que hagi comportat un pèrdua o disminució efectiva d’ingressos, sinó que s’indica que també és lucre cessant indemnitzable la pèrdua o disminució de la capacitat d’obtenir-los. Són casos de menors i estudiants, és a dir de persones que encara no han entrat al mercat de treball, o de persones que duen a terme tasques no remunerades (p. ex. persones que es dediquen a les feines de la llar). En aquests casos cal també seguir el criteri de valorar el lucre cessant de la manera més concreta possible i resulta rebutjable fer servir criteris d’estandarització tan simplistes com el que fa servir el sistema de valoració espanyol (cf. p. ex. STS 18.06.2009 [RJ 2009\4318], pel que fa al factor de correcció màxim 10% Taules II i IV).

7.4 Danys morals: Clarificació de la tipologia de danys morals

En els diversos ordenaments jurídics del nostre entorn existeix una concepció i tipologia molt variada dels danys morals, la qual va d’un extrem, on s’identifica el dany moral amb el dolor (*pecunia doloris*, *Schmerzensgeld*), a un altre, on es produeix una diferenciació i especificació probablement excessives i innecessàries (*prejudice physiologique*, *d’agrément*, *esthétique*, *sexuel*, *d’etablissement*, *de contamination*, etc.).

Que el dany moral no es limita a indemnitzar el dolor és un tema que s’ha suscitat en relació a les víctimes que es troben en estat de coma, el dany moral de les quals s’indemnitza en la majoria d’ordenaments del nostre entorn malgrat la tradicional

objecció de que aquestes víctimes no pateixen dolor ni són conscients de la situació en la qual es troben.

Una possible tipologia bàsica del dany moral podria ser la que distingeix entre:

(1) Dany anatòmic-funcional (dany moral «objectiu»): És el que resulta d'una pèrdua d'integritat psico-física. La seva avaluació es basa fonamentalment en dos paràmetres:

(a) El tant per cent que representa aquesta pèrdua anatòmica-funcional en relació amb la integritat física o psíquica de la víctima (del 0 al 100%)

(b) L'edat de la víctima, la qual és un factor molt rellevant: a menor edat, en principi, més temps viurà la víctima amb la pèrdua.

El dany anatòmic-funcional és el mateix per a totes les persones (de la mateixa edat). Sota aquest aspecte la pèrdua d'un dit d'una mestressa de casa, d'un treballador de la construcció o d'un pianista famós té el mateix valor (qüestió diferent serà quan analitzem el lucre cessant [dany patrimonial] que aquesta pèrdua pot comportar).

Es tracta d'un dany mèdicament avaluable, el qual es pot determinar a partir de l'informe d'un metge avaluador. Aquest tipus d'informe és molt important per ajudar a objectivar aquest tipus de danys.

(2) Pèrdua de qualitat de vida (*loss of amenities of life, préjudice d'agrément* +altres perjudicis particulars) (dany moral «subjectiu»)

Sota aquest concepte es pot englobar tota una sèrie de perjudicis particulars (com ara els anomenats “perjudici estètic”, “perjudici sexual”, el dany causat per no poder practicar activitats específiques d'oci, el major esforç que requereix realitzar una determinada activitat (fins i tot laboral), els dolors excepcionals, etc.), els quals afecten la qualitat de vida de la víctima. Son danys que el metge només pot constatar o explicar, però no avaluar.

Encara que siguin danys subjectius, també aquí contribueix el metge avaluador a la seva objectivació, en permetre constatar la seva existència i, quan admeten gradació (com ara és el cas en l'anomenat “perjudici estètic”), la seva gravetat.

El principi de personalització de les indemnitzacions requereix que els criteris que s'utilitzin per a la seva valoració econòmica tinguin en compte les circumstàncies particulars de la víctima que puguin ser rellevants en cada cas.

(3) Dany moral pur: Dany que no és susceptible ni de valoració ni de constatació mèdica (“aflicción”, “angustia”, “zozobra”), llevat que esdevingui una malaltia. Per tal d'evitar situacions de frau, altres ordenaments jurídics, especialment en l'àmbit del *Common Law* (però també a Alemanya), en els casos de danys derivats de lesi-

ons corporals només indemnitzen aquesta partida quan comporta una malaltia mèdicament constatable, per a la qual cosa hom pren sovint com a referència el manual de trastorns mentals de l'Associació Americana de Psiquiatria.¹¹² En la tradició d'altres països, com ara França o Espanya, aquest dany s'indemnitza tant si es pot qualificar com a malaltia com si no. Són casos especialment problemàtics, per exemple, l'angoixa per la por a una dany el qual, finalment no es materialitza, com ara en els casos de diagnòstics de "falsos positius", o els de xoc nerviós de víctimes secundàries. En un sistema que pivota sobre l'essencial funció del metge avaluador, la seva prova serà difícil i, en un principi, hom considerarà que és el mateix per a totes les víctimes i que, quan hi hagi un sistema d'indemnitzacions bàsiques, s'hi troba inclòs.

Finalment, la gravetat de la conducta del causant del dany només es tindrà en compte si contribueix a incrementar el dany (cf. 10:301 (2) PETL).

Girona 17 de setembre 2010

¹¹² Cf. APA (American Psychiatric Association), *DSM-IV-TR. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales - IV - Texto revisado*, 2001, Barcelona, Elsevier-Masson, reimpressió 2009.