

SALVADOR CODERCH: «Punitive damages», *AFDUAM*, 4, 2000. Número monográfico sobre «La responsabilidad en el Derecho», pg. 139.

— «Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias. (*Punitive Damages*), Jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras». Recensión a VV. AA., *Punitive Damages, How Juries Decide*. Chicago, 2002. En *InDret* 2003 (abril), W.P. núm. 135.

SALVADOR y CASTIÑEIRA: *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Madrid, Edit. Pons, 1997.

SALVADOR/RUIZ: «Prevención y Derecho de daños», *InDret*, 30/03/2001 (53).

SCHÄFER y OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil*: (traducción de la edición alemana de 1986 por VON CARSTENN, M.), Madrid, Edit. Tecnos, 1991.

SOTO NIETO: *La «culpa relevante» del conductor en la determinación del régimen de valoración de daños*, La Ley 2001-1 (D-37), pg. 1839.

TAPIA FERNÁNDEZ: «Comentario al artículo 222 LECiv/2000», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Pamplona, Aranzadi, 2001.

TIRADO SUÁREZ: «La doctrina constitucional sobre el baremo de indemnización de daños corporales (comentario a la STC 181/2000, de 29 de junio)», *DPC*, 14, 2000, pg. 301.

TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 4 Tomos. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

VINEY y MARKESINIS: *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985.

XIOL RÍOS: «El proyectado establecimiento de criterios tasados para la fijación de la responsabilidad civil por daños corporales». Texto de la Ponencia presentada en el *II Congreso Nacional sobre valoración del daño corporal*, Bilbao, marzo 1993.

Capítulo II

Los sistemas de responsabilidad civil

L. FERNANDO REGLERO CAMPOS

SUMARIO.—I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD.—1. De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo.—2. La coexistencia de ambos tipos de responsabilidad.—3. El fundamento de la responsabilidad objetiva.—III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—IV. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—V. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA. LA CULPA.—1. La culpa como criterio de imputación.—2. Los juicios de previsibilidad y de evitabilidad.—3. El juicio de previsibilidad en los sistemas objetivos de responsabilidad y en las actividades de riesgo.—VI. EL CONCEPTO DE «RESPONSABILIDAD OBJETIVA».—BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Ya queda dicho que uno de los problemas fundamentales que debe resolver todo ordenamiento sobre responsabilidad reside en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos de una persona y la libertad de comportamiento. Es decir, en una colisión entre al menos dos esferas jurídicas con motivo de la lesión que el titular de una de ellas haya sufrido en uno o varios de sus derechos fundamentales (vida, integridad física y psíquica, honor, intimidad, propiedad, patrimonio...) como consecuencia de la conducta o actividad del titular de la otra. Desde esta perspectiva puede afirmarse que quien pretende una reparación por los perjuicios que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, ya que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado. Esa «razón suficiente» la ha constituido tradicionalmente el principio de la culpa, de manera que el punto de partida de la responsabilidad por daños se construiría sobre la base del principio «casus sentit dominus», según el cual las consecuencias de un suceso accidental o fortuito deben ser soportadas por quien las sufre¹.

¹ LARENZ/CANARIS: *Lehrbuch*, 1994, II.2¹³, 75.I, pgs. 350 y ss.; Entre nosotros, v. Díez-PICAZO: *ADC*, 2001.III, pg. 1027.

2 Con ser esto cierto, no lo es menos que la práctica judicial española invierte hoy los términos del silogismo, de modo que la imputación por culpa constituye un criterio que va adquiriendo un papel cada vez más residual, y que de forma progresiva está siendo sustituido por criterios objetivos de imputación sustentados en diferentes fundamentos, pero que en la práctica se reconduce al riesgo generado como consecuencia de una determinada actividad, productiva o no. También desempeña un papel decisivo en este nuevo orden de cosas la falta de equidad que se ve en el hecho de que sea el perjudicado quien haya de soportar las consecuencias dañosas de tales situaciones cuando no media una razón suficiente que justifique que sea él a quien haya de imputarse su propio daño. El supuesto «régimen general» del art. 1902 CC se ha convertido, si se guarda fidelidad a la interpretación que debe dársele, en un «régimen excepcional», por mucho que resulte paradójico que, todavía hoy, y a pesar de la proliferación de leyes especiales sobre responsabilidad, sea con diferencia, en sede civil, el precepto más alegado por los litigantes y aplicado por los Tribunales. Las interrogantes a las que tradicionalmente había de responderse para imputar un daño a un determinado sujeto se referían fundamentalmente a si intervino o no en el hecho generador y a la naturaleza de esa intervención (relación causal), o a si, aun sin intervenir, había de responder del daño causado por otra persona por mediar entre ellas una determinada relación, a si concurría o no algún motivo por el que la víctima debía soportar el daño (juicio de juridicidad) y a si su conducta era merecedora de un juicio de reproche más o menos intenso (dolo o culpa).

3 La respuesta afirmativa a esta última interrogante era decisiva en los casos en los que quedaba suficientemente acreditada la participación causal del eventual responsable en el hecho que lo originó. (o la relación que le unía con el agente directo, y que funcionaba como título de imputación), con mayor razón en un sistema en el que se exigía a la víctima la cumplida prueba de que el dañante se había comportado de forma culpable o negligente. La tendencia actual en esta materia discurre por sendas bien distintas. Hoy no se trata tanto de indagar si el comportamiento del demandado fue negligente, cuanto de dilucidar si, una vez sufrido el daño, existe alguna razón para que sea la víctima la que haya de soportarlo; o lo que es lo mismo, se trata de determinar qué patrimonio debe, en justicia, «sufrir el daño». El moderno Derecho de daños centra, pues, su atención no tanto en el reproche de la conducta del agente, cuanto en la búsqueda de soluciones jurídicas que garanticen a la víctima una efectiva satisfacción cuando no existan razones que justifiquen que sea ella quien soporte el perjuicio.

II. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD

1. De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo.

4 También se dijo en el Capítulo anterior que es comúnmente admitido que los modernos regímenes de responsabilidad por daños tienen su origen en la «Lex

Aquila», y que la importancia de esta Ley reside en el hecho de que derogó todas las anteriores sobre «damni iniuriarum»; e introdujo por vez primera, con carácter general, la posibilidad de sustituir la pena de daños por su reparación. Es cierto que en las XII Tablas se encuentran fragmentos que aluden a la reparación del daño, si bien esto sólo era posible a través de un pacto entre dañante y dañado². Pero normalmente el remedio era de carácter sancionatorio³. Como digo; a partir de la «Lex Aquilia» el autor del ilícito no estaba sujeto a una pena; sino gravado con la obligación de pagar una suma de dinero⁴. Pero esta «Lex» no tutelaba a la persona del hombre libre («quum liberum corpus aestimationem non recipiat»⁵), sino a la propiedad. No pudiéndose restablecer el bien dañado, nacía un crédito a favor del propietario frente al dañante⁶.

Esta era la Ley que concedía la «actio iniuria», en la que se contemplaba, en lo fundamental, daños a bienes ajenos (normalmente la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo). «Iniuria» era hacer algo «non iure» o «contra ius»⁷. Según GAYO, se obra con *iniuria* cuando se actúa con dolo o culpa, y queda impune quien sin culpa ni dolo causa un daño por algún accidente⁸, así como el causado por el «furiosus» y por el «infans»⁹. Se excluía la *iniuria* en los casos que hoy conocemos como daño no antijurídico¹⁰. Fue en el período de Severo cuando se completó el esquema de la responsabilidad civil: la culpa como título de imputación de la responsabilidad; la función mixta de ésta (sancionatoria y reparatoria); el daño, cuantificable según el criterio del interés del acreedor¹¹. Un esquema que a través del Derecho común¹², y tras la incorporación de ciertas reglas morales provenientes

2. §§2, 6 (y probablemente §5) de la Tabla VIII. V. también D. 9.9.1. El daño causado por animales cuadrúpedos era considerado como «pauperies»; esto es, causado sin culpa del que lo hace, en este caso el propio animal. Aquí no se hablaba de «iniuria», pero se imponía la sanción, salvo que se pactara la «estimatio». Si había culpa del guardador o de cualquier otra persona, por daños causados por animales, entonces había daño con «iniuria» y procedía esta acción, y no la de las XII Tablas (D. 9.1, §§4 y ss.).

3. Cfr. §§2 y ss. de la Tabla VIII.

4. Sobre la cuestión; y en general sobre la responsabilidad en derecho romano, CANNATA: *Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano* (1996), con amplia cita de estudios.

5. D. 9.1.3.

6. ALFA: *La responsabilidad*, 1999, pg. 27.

7. Aunque atendiendo a las fuentes, la expresión «iniuria» tenía tres diversas acepciones: (i) ilicitud del comportamiento dañoso; (ii) culpa, como conducta que viola los límites impuestos por la Ley; (iii) conducta contraria a la Ley (cfr. ALFA: *La responsabilidad*, [1999], pg. 27).

8. Se entiende que se mata injustamente cuando eso sucede por dolo o por culpa, y ninguna otra ley, castiga el daño que se causa sin injusticia, de modo que queda impune el que sin culpa ni dolo malo causa un daño por algún accidente (GAYO: *Instituciones*, 3, 211). V. también ULPIANO: D. 9.2.3 y 9.2.5.1.

9. D. 9.2.5.

10. Cfr. D. 9.2.4.pr. y §1, y D. 9.2.7.4.

11. CERAMI: «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano a Ugo Grozio», en *La responsabilidad civil*, pg. 1051 (cit. por ALFA: *La responsabilidad*, 1999, pg. 28).

12. Es en este período cuando se da forma definitiva a la noción de «culpa» y se enuncia su tripartición: «lata, levis y levissima». Con los tratadistas precodificadores comienzan a perfilarse los rasgos de la moderna responsabilidad civil, en cuanto a la conceptualización de sus fuentes, los daños indemnizables, el criterio de imputación, etcétera.

del Derecho canónico¹³, fue recogido por los juristas franceses que inspiraron el «Code», de donde se trasladó a la práctica totalidad de los Códigos modernos. La distinción entre delitos o cuasidelitos formulada por POTHIER¹⁴ a partir de la enumeración de las fuentes de las obligaciones hecha por DOMAT¹⁵, fue adoptada por el Código napoleónico, y el principio de la responsabilidad sustentado en la culpa fue elevado a la categoría de orden público tanto por los codificadores y legisladores franceses¹⁶, como por los exégetas decimonónicos¹⁷.

- 6 En la imputación por culpa permanecía todavía latente la idea canónica de que la reparación del daño constituía la penitencia que se ligaba a la conducta negligente, y en la que la función compensatoria no desempeñaba sino un papel meramente complementario. Bajo estos presupuestos, no debe sorprender que los seguros de responsabilidad civil se considerasen una práctica inmoral, cuando no ilícita, en la medida en que el asegurado transfería la pena que debía purgar a la entidad aseguradora¹⁸. Una idea que hasta no hace mucho ha perdurado en los esquemas teóricos de no pocos autores¹⁹. Al principio de la culpa venía a sumarse

13. Cfr. *Decreto de Graciano*, c.3, C. XXII, 2.

14. Mientras delito «es el hecho por el que una persona, por dolo o maldad, causa un daño a otro», el cuasidelito se comete por una imprudencia que no es excusable.

15. Entre las que se encontraba «les autres fautes qui n'ont point de rapport aux conventions, et qui ne vont pas à un crime ni à un délit» (*Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1771, pg. 149).

16. Vid. TREHILHARD: Exposición de motivos del Título IV del Libro III («Des engagements qui se forment sans convention») del Proyecto de Código Civil, presentada al Cuerpo Legislativo, 9 de pluvioso del año XII (9 enero 1804). En FENET: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIII, reimpresión de la edición de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, pg. 465 y ss. BERTRAND DE GREUILLE: *Communication officielle au Tribunat*, sesión de la Asamblea General de 10 de pluvioso del año XII (10 enero 1804). En FENET, op. cit., pg. 474; TARRIBLE: Discurso pronunciado ante el Cuerpo Legislativo en la sesión de 18 pluvioso del año XII (18 enero 1804): «El daño, para que pueda ser objeto de reparación —decía el tribuno francés—, debe ser el efecto de una culpa o de una imprudencia de alguien: si no puede ser atribuido a esta causa, no es más que la obra de la suerte, de la que cada uno debe soportar las consecuencias», en FENET, cit., pg. 488.

17. TOULLIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 5ª ed., 1830, XI, pgs. 148 y ss.; MARCADE: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 7ª ed., V, 1873; pgs. 279 y ss.

18. «La existencia misma de un seguro de responsabilidad —observa LAMBERT-FAIVRE— suscitaba reservas en el terreno del orden público, pues el buen padre de familia —el honesto hombre medio— no debe incurrir en conductas dañosas, y si el responsable era verdaderamente culpable, parecía moral que él mismo asumiera las consecuencias. La responsabilidad civil estaba entonces investida de una doble e indisoluble función: reparar el daño causado a otro, y punir la culpa. Estos dos aspectos eran inseparables pues es el montante de la reparación tomado del patrimonio personal del culpable lo que se redimía de su culpa civil, redimiendo así la responsabilidad penal» (RGAT, 1987, pg. 196). En el mismo sentido, apunta CLAEYS que «hace apenas cien años, observa, el seguro de responsabilidad provocaba la oposición de los juristas y hasta la condena de los Tribunales. Parecía inadmisibles que se pudiera hacer pagar a un asegurador las consecuencias dañosas de una conducta culpable» (*L'assurance*, pg. 7). Llama la atención este autor sobre cómo una sentencia del Tribunal de Comercio del Sena de 21 agosto 1844, declaró de oficio la nulidad de una póliza de seguro de responsabilidad contratada por un cochero, argumentando que «es contrario al orden público admitir un seguro sobre los cuasi-delitos que pueden ser cometidos por el asegurado o por aquellos que emplea, lo que resultaría una excitación a la incuria y que el Tribunal no puede sancionar un contrato de esta naturaleza».

19. Sirvan como ejemplo las palabras de SAVATIER, escritas en 1950: «Permitir al responsable recurrir al seguro equivale a suprimir la responsabilidad. Porque una responsabilidad que no hace pagar al culpable, sino a un tercero, es, evidentemente, ilusoria. A fin de cuentas, el automovilista imprudente puede importarle muy poco haber destrozado la carrocería de un auto y haber mandado a su conductor al hospital. Es el seguro el que paga. Todo lo más puede estar

en la práctica, y a despecho de la letra del Código francés, aquel otro por el que cada uno es responsable sólo por el hecho propio, con lo que se asignaba a la responsabilidad por hecho ajeno un papel meramente residual. A ello se añadía la limitación de los daños susceptibles de reparación, que no podían ser otros que los que afectaban a los denominados derechos subjetivos absolutos (vida humana y propiedad)²⁰.

Este estado de cosas se acomodaba perfectamente a las exigencias de una sociedad burguesa y a las de una economía capitalista en auge²¹, profundamente individualista y desprovista de todo sentido de solidaridad social, en cuyo seno el Estado desempeñaba funciones de naturaleza eminentemente policial. El principio «ninguna responsabilidad sin culpa» satisfacía plenamente los intereses de una industria en expansión y de la clase empresarial²². Se consideraba que era más ventajoso para la incipiente economía industrial descuidar la seguridad de las personas antes que sacrificar los intereses de las empresas, gravándolas con los costes de los accidentes inevitables²³, por lo que aquellas empresas debían soportar tan sólo el de los daños evitables²⁴.

Bajo tales presupuestos, las reglas fundamentales sobre las que se asentaron todos los Ordenamientos, codificados o no, hasta finales del siglo XIX eran sustancialmente las siguientes²⁵: a) No puede haber responsabilidad si no hay culpa o dolo del agente; b) El concepto de culpa identifica fundamentalmente el elemento subjetivo, caracterizado por la negligencia, imprudencia e impericia, y tiene una implicación moral en tanto que el acto culposo es considerado como un acto moralmente reprochable; c) Las reglas de la responsabilidad civil que disciplinan el acto culposo, asumen la función de «sanción» de la culpa, y disponen una «amenaza» dirigida también a prevenir eventuales comportamientos dañosos; d) Tales reglas patentizan cómo sólo los actos que cumple un sujeto pueden resolverse con una sanción a su cargo. Es, en otras palabras, el principio de que «cada uno actúa a su propio riesgo», que se deduce de las reglas codificadas de los Ordenamientos

sujeto a una responsabilidad penal, si su acción constituye un delito...; pero la responsabilidad civil cesa, verdaderamente, de ser por sí una responsabilidad» (*Du droit civil*, pgs. 160 y ss.).

20. Cfr. ALPA y BESSONE: *La responsabilidad*, 1980, pgs. 2 y ss.

21. «Formuladas en un estilo lapidario —dicen ALPA y BESSONE—, en el cual encuentran expresión los principios fundamentales de la responsabilidad civil que constituyeron el modelo privilegiado de casi todas las codificaciones europeas y latinoamericanas del siglo XIX, las reglas del Código dan cuerpo a un sistema que resulta totalmente funcional a las exigencias de una sociedad en la cual el «maquinismo» está todavía en sus albores». *La responsabilidad*, 1980, pg. 50.

22. Era «la expresión de la filosofía del siglo del "individualismo" —señalan ambos autores más adelante (pg. 110)—, la regla de la responsabilidad fundada sobre la culpa se alinea en la tendencia que surge de la propiedad (máximo poder del propietario de gozar y disponer de la cosa) y del contrato (máxima autonomía de la voluntad), y delinean un cuadro del que resulta no solamente la conexión entre responsabilidad, el instituto de la propiedad y el instrumento contractual, sino de forma todavía más evidente, la interferencia entre reglas jurídicas y sistema económico».

23. FLEMING: *The Law of Torts*, 1983, pgs. 97 y ss.

24. FLEMING: *The Law of Torts*, 1983, pg. 7.

25. GRERORY: *Virginia L. R.*, 37, 1951, pg. 359.

26. Cfr. ALPA y BESSONE: *La responsabilidad*, 1980, pg. 109.

de la Europa continental y de las reglas del «Common Law». Quien actúa a su propio riesgo es libre de hacerlo, pero debe soportar las consecuencias de sus acciones, si éstas ocasionan culpablemente daños a terceros. En definitiva, los principios de la responsabilidad civil traducían fielmente, también en el plano jurídico, las reglas del «laissez faire».

- 9 Sin embargo, la propia dinámica de la revolución industrial, el progresivo incremento de talleres y fábricas, el uso de nuevas máquinas en el transporte de personas y mercancías, unido a las profundas contradicciones de un sistema en el que la creciente riqueza se concentraba en pocas manos, constituían a la vez el germen de una profunda transformación social. Como también los cada vez más poderosos movimientos sociales que se rebelaban contra la precaria situación de los trabajadores, que se veía notablemente agravada en caso de accidente.

- 10 Pero no era sólo la clase asalariada la amenazada por el «maquinismo». A medida que aparecían nuevas máquinas y se hacían más extensos los círculos en los que operaban, eran cada vez menos las clases sociales que quedaban al margen del riesgo. El precio del desarrollo económico lo constituía el progresivo aumento del número de accidentes y de la gravedad de sus consecuencias. De otro lado, se asistía también a un profundo cambio en la conciencia individual. En pleno proceso de transformación del Estado policial en Estado del bienestar («Welfare State»), el individuo miraba cada vez con mayor recelo a quienes invitaban a la resignación y a ver la mano de Dios detrás de cada desgracia, y comenzaba a preocuparse más por buscar los medios idóneos para obtener la reparación de los daños que a lamentarse de su mala fortuna. Se inició así una tendencia que no ha dejado de crecer hasta nuestros días²⁶. Empezaron a oírse cada vez con más fuerza las voces que exigían indemnizaciones por los daños causados por el «maquinismo», y que reclamaban un nuevo sistema más equitativo que rompiera con el tradicional basado en la culpa, en el que difícilmente llegaban a prosperar las reclamaciones de daños²⁷.

- 11 Era cierto que la práctica totalidad de los Códigos y los sistemas del «Common Law» habían admitido la responsabilidad objetiva en ciertos casos, pero estaban pensados para unos sistemas de producción fundamentalmente agrícola en el que los riesgos provenían de la actividad ganadera²⁸, ruina de edificios, propagación de los incendios, etc., que nada tenían que ver con una economía industrial que exigía medidas renovadoras en este campo. Puede afirmarse que en materia de responsabilidad por daños, el panorama jurídico europeo ha estado marcado desde la segunda mitad del siglo XIX por una severa contienda entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva²⁹.

26. TUNC: *RIDC*, 1967, pg. 757; v. también su Introducción al volumen *Torts* en la IECL.

27. Cfr. COMPTON: *L'Esposizione al pericolo*, 1965, pg. 10.

28. A pesar del carácter objetivista que hoy se predica de la responsabilidad por los daños causados por los animales, ésta no era la opinión común en el siglo XIX. V. en este sentido LAURENT, *Principes*, 1878, pgs. 674 y ss., v. también el propio TARRIBLE, op. cit. en nota 16, pg. 488.

29. «El problema de la responsabilidad civil —dicen ALPA y BESSONE— continúa siendo materia de

En su dimensión normativa, debe subrayarse que la primera ley especial que toma en consideración esas profundas transformaciones socioeconómicas, rompiendo con el tradicional principio de la culpa, se promulgó para un sector de la actividad económica en el que los elementos de riesgo se presentaban con toda nitidez: el de los ferrocarriles. Se trata de la Ley prusiana sobre el transporte ferroviario de 30 de noviembre de 1838 («Preußisches Eisenbahngesetz»), en cuyo §25 se instituía una verdadera responsabilidad por riesgo («Gefährdungshaftung») de la sociedad ferroviaria, tanto si la víctima era una persona transportada, como si era un tercero ajeno al transporte. Más tarde, un sistema similar fue acogido por la Ley alemana relativa a la obligación de indemnizar en los casos de heridas o muertes producidas por la explotación de los ferrocarriles, minas, etc., de 7 de junio de 1871³⁰, en la que se prescindía de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad para los casos de daños corporales³¹.

El nuevo sistema encontró después amplio eco en el ámbito laboral, en el que se consagró definitivamente el sistema de responsabilidad objetiva como el más justo para la reparación de los daños derivados de los accidentes laborales. Era el resultado del creciente número de voces que exigían una solución a la situación de desamparo en que quedaban las víctimas y sus familias ante el progresivo incremento de los accidentes y la gravedad de sus consecuencias³². De este modo, a partir de finales del siglo XIX comenzaron a aparecer en todos los Estados modernos las primeras leyes de accidentes del trabajo en las que la regla general era que el empresario sólo quedaba exento de responsabilidad si probaba la culpa intencional del asalariado víctima del accidente³³. Se prescindía así de la idea de culpa que era sustituida por otro concepto conforme al sistema de responsabilidad objetiva: el del riesgo profesional³⁴. Además, las cargas derivadas de esta objetivización de responsabilidad se desviaban a las mutualidades técnicas de seguros, con lo que aquella dimensión punitiva de la reparación desaparecía definitivamente³⁵.

una tormentosa evolución, de contradicciones que denuncian el conflicto de una tradición secular y el desarrollo de teorías y orientaciones jurisprudenciales claramente conectadas con la transformación de los factores económicos y sociales» (*La responsabilidad...*, 1980, pg. 1). V. también ATIAH: *Accidents...*, 1980, pg. 168.

30. «Haftpflichtgesetz». Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, S.w. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen.

31. Se dice así en su §1º: «si en la explotación de un ferrocarril se causaren heridas o la muerte de una persona, la empresa industrial responderá de los daños originados por dicha explotación mientras no demuestre que el accidente ha sido causado por fuerza mayor o por la propia culpa del muerto o herido».

Existían otros textos que consagraban una responsabilidad similar, pero se referían por lo general al ámbito del transporte y respecto de las cosas transportadas (Cfr. §395 del Código de Comercio austriaco de 1862, §456 del Código de Comercio alemán de 1897, art. 457 del Código federal de las obligaciones suizo, arts. 97 y 98 del Código de Comercio francés, etc.). En el Derecho inglés, v. STEVENS: *The elements of mercantile Law*, pgs. 318 y ss.

32. Cfr. SALEILLES: *Les accidents du travail...*, 1897.

33. Suiza en 1881, Alemania en 1884, Austria en 1887, Noruega en 1894, Inglaterra en 1897, Francia, Italia y Dinamarca en 1898, España en 1900, Bélgica en 1903...

34. SALEILLES: *Etude...*, núms. 334 a 339, 1925, pgs. 438 y ss.; COLIN y CAPITANT: *Curso elemental*, 1960, pg. 837.

35. «Es claro —observa LAMBERT-FAIVRE— que el deslizamiento del peso de la reparación civil del

14 Más tarde, el progresivo incremento del tráfico de automóviles y de la actividad industrial extendieron el peligro de los accidentes no sólo a los trabajadores, ya protegidos por la Ley, sino a todas las capas de la población. De este modo, también comenzó a cuestionarse el sistema tradicional por un importante sector de la doctrina, poniéndose repetidamente de manifiesto la insuficiencia del criterio de la culpa para solucionar determinadas situaciones en las que era necesario proporcionar una mayor protección a la víctima. En definitiva, el criterio de la responsabilidad por culpa resultaba insuficiente para resolver el problema de los daños causados en el ejercicio de la industria. Siendo inevitables tales daños, se debe, al menos, garantizar el resarcimiento y parece justo que su carga pese sobre el empresario. Ya que —se dice— si es éste quien crea y mantiene viva la empresa al objeto de obtener un beneficio, es también él quien debe asumir la responsabilidad de los daños a ella inherentes³⁶.

15 Este estado de opinión no era, sin embargo, unánime. El peso de una tradición secular constituía un lastre demasiado poderoso, de modo que la colisión entre las ideas tradicionales y las aportadas por las nuevas corrientes objetivistas dio lugar a un intenso debate entre los defensores de unas y otras. Para los primeros la culpa constituía un elemento tan profundamente arraigado en la conciencia social que no es posible prescindir de ella³⁷. Para los segundos la culpa era un criterio insuficiente en determinados sectores socioeconómicos en los que debe imponerse un sistema objetivo de responsabilidad.

2. La coexistencia de ambos tipos de responsabilidad.

16 Pero la controversia acerca de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva no debe reducirse a posiciones absolutas. El dilema no es responsabilidad por culpa «versus» responsabilidad objetiva. El paso de una a otra no se hizo de forma brusca y violenta, sino gradualmente y en aquellos sectores en los que concurrían todas las condiciones necesarias para la implantación de un sistema objetivo. En consecuencia, el debate se planteaba en otros términos. En primer lugar, ha de señalarse que la defensa de un sistema de responsabilidad objetiva en uno o varios sectores de la actividad socioeconómica no significaba que se preconizara la eliminación absoluta del principio de la culpa. Hay que distinguir entre lo que PACCHIONI denominaba una pura «actividad biológica»³⁸, de aquella otra en la que la actividad se lleva a cabo mediante instrumentos o máquinas potencialmente peligrosas. No

se trata de erradicar el criterio de la culpa del campo de la responsabilidad extracontractual, como pretendían los partidarios del denominado principio de la pura causalidad³⁹, sino de sustituirlo por otro en aquellos ámbitos en los que, por las razones que fuere, aquel criterio resultaba insuficiente para alcanzar determinados objetivos sociales.

El peso del debate había de recaer, pues, sobre dos extremos fundamentales. El primero referente a los sectores o ámbitos socioeconómicos en los que había de implantarse un sistema objetivo de responsabilidad. El segundo, el atinente a las razones o fundamentos que justificaban esa implantación. Una tercera cuestión, sobre la que cada ordenamiento habría de adoptar una solución particular, era la relativa al tipo de responsabilidad objetiva que habrían de instituirse, o, en otras palabras, sobre cuáles han de ser las circunstancias que impidieran el nacimiento de la responsabilidad en este tipo de sistemas.

Salvo ciertas excepciones⁴⁰, los partidarios de la responsabilidad objetiva no defendieron su implantación de forma general, sino que la justificaban para determinados ámbitos socioeconómicos «per se» generadores de mayores riesgos que otros⁴¹ si bien algunos censuraron el criterio de la culpa como «el típico fruto de un ya anacrónico estadio del individualismo»⁴². Por el contrario, algunos defensores de la culpa no dejaban de reconocer una cierta virtualidad a los postulados de la responsabilidad objetiva en determinados sectores, si bien consideraban que eran campos residuales en un sistema en el que la regla general es la culpa⁴³. Otros, por el contrario, sostenían que incluso en aquellas hipótesis en que se decía imperaba la responsabilidad objetiva, no había en realidad más que un sistema sustentado en la culpa, si bien ésta era presumida de forma absoluta⁴⁴, idea esta última que constituye una evidente ficción⁴⁵.

39. VENEZIAN: *Danno*, 1919, pgs. 1 y ss. (v. especialmente pgs. 38 y ss.); BINDING: *Die Normen*, 1916, pgs. 471 y ss.

40. Así, VENEZIAN sostenía no sólo un principio de responsabilidad por riesgo de empresa, sino uno mucho más amplio de responsabilidad por mera causalidad, señalando que el derecho debe restablecer la precedente situación objetiva del daño creado también en el ejercicio de una actividad no peligrosa, es decir, en el ejercicio de una actividad común, biológica, necesaria (*Danno*, 1919, pgs. 1 y ss., especialmente, pg. 42). V. la crítica de TRIMARCHI en *Rischio*, 1961, pgs. 17 y ss.

41. Observa así TRIMARCHI que «en general, el cumplimiento de un acto o de una actividad que no comporta ningún riesgo apreciable no debe determinar nunca la aplicación de una responsabilidad sin culpa, que no desarrollaría ninguna función económica y social útil, y no constituiría otra cosa que una inútil transferencia del daño de un malaventurado a otro malaventurado» (*Rischio*, 1961, pg. 217).

42. FERRI: *RDComm.*, 1977, pg. 349.

43. Cfr. MAZEAUD: *Leçons*, XII^o, pgs. 408 y ss.; SAVATIER: *Traité*, 1951, I, pgs. 354 a 358 (sin embargo, para SAVATIER la jerarquía entre culpa y riesgo se invierte en dos hipótesis: la ampliación de las consecuencias dañosas de una culpa, debido a la potencia de las fuerzas naturales de las que el hombre dispone, y la difusión de la praxis del seguro de responsabilidad, en que la culpa pierde su primacía para pasar al segundo puesto); ESMEIN: *RTDC*, 1949, pgs. 482 y ss.

44. Se trataba de una tesis formulada ya por los pandectistas alemanes, singularmente por GOLDSCHMIDT, quienes de esta forma introdujeron una matización a la doctrina del Derecho común, eliminando el concepto de la culpa levisima, y sustituyéndola por el criterio de la presunción absoluta de culpa (V. «infra», Cap. IV, ap. II.2.2).

45. Cfr. TRIMARCHI: *Rischio*, 1961, pg. 21. «¿Qué es —dice JOSSEERAND— una culpa presunta sin posibili-

responsable a su asegurador le hace perder todo carácter punitivo; la responsabilidad tomada a su cargo por el seguro deviene una pura operación de equilibrio financiero entre un daño causado y su indemnización; se ha podido subrayar así el «declive de la responsabilidad individual» inducida por el seguro» (RGAT, 1987, pg. 196).

36. TRIMARCHI: *Rischio*, 1961, pg. 13; JOSSEERAND: *Les transports*, núm. 1016, y *D. H., Chr.*, 1934, pgs. 25 y ss.; v. también FORCHIELLE: *RIDP*, 1967, pg. 1379. En nuestro país, CASTEJÓN recogía estas ideas ya en 1912 (RGLJ, 121, 1912, pgs. 447 y ss.), y más tarde HERNÁNDEZ GIL: *Derechos de Obligaciones*, Madrid, 1960, pg. 258.

37. Cfr. ALPA y BESSONE: *La responsabilidad*, 1980, pgs. 145 y ss.

38. *Diritto Civile*, 1940, pg. 212.

19 En lo que se refiere a la doctrina española, hay que decir que hasta bien entrado el siglo XX los estudios dedicados a la responsabilidad civil han sido muy escasos. Algunos de ellos se han dedicado al examen comparativo de la culpa civil y penal, o al ejercicio de la acción civil en el proceso penal⁴⁶ y otros a temas civiles, pero puntuales⁴⁷. Con todo, no han faltado obras dedicadas a analizar el sistema de responsabilidad y comentar las nuevas corrientes objetivadoras. La conclusión que puede extraerse de todas ellas es que, ya desde muy temprano⁴⁸, los autores españoles se mostraron receptivos a las corrientes objetivadoras y a la instauración de un sistema objetivo de responsabilidad en determinados sectores y con ciertas limitaciones⁴⁹, aunque algunos no han podido desvincularse plenamente del elemento de la culpa⁵⁰.

3. El fundamento de la responsabilidad objetiva.

20 Pero la instauración de un sistema de responsabilidad que rompiera con los moldes clásicos de la culpa había de estar sustentada en fundamentos lo suficientemente poderosos como para justificar semejante ruptura. En el marco de la confrontación entre ambos sistemas de responsabilidad, la primera tarea que tuvieron que acometer los defensores de la objetivación era impugnar el criterio de la culpa mediante la destrucción de su fundamentación jurídica, al menos en determinados ámbitos socioeconómicos, y su sustitución por criterios de orden social y moral⁵¹. La búsqueda de razones basadas en la eficiencia económica vendrían después. El problema era determinar cómo y cuándo una responsabilidad sin culpa podía estar social y moralmente justificada. Es decir, en qué casos las consecuencias de un evento dañoso debían ser soportadas por la víctima y en cuáles por otro sujeto que se encontrase en una determinada y peculiar relación con la actividad dentro de la cual acaeció dicho evento⁵².

dad de prueba en contrario, sino una abstracción, un artificio del cual se sirve el legislador para hacer nacer una obligación? Cuando dice a un individuo: "te declaro obligado porque supongo que has incurrido en culpa, y no te permito demostrar que no ha sido así", se construye en realidad una relación jurídica totalmente nueva» (Nota en Dalloz 1900, II, pg. 289).

46. GÓMEZ ORBANEJA: *RDP*, 1949, pgs. 189 y ss.; PUIG PEÑA: *RGLJ*, 1943, pgs. 365 y ss.; SILVA MELERO: *RGLJ*, 1946, pgs. 5 y ss.; MORENO MOCHOLI: *RDP*, 1950, II, pgs. 633 y ss.; REYES MONTERREAL: *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 1955.

47. DE CASTRO: *ADC*, 1956, pgs. 449 y ss.; TRAVIESAS: *RGLJ*, 1917, pgs. 88 y ss.; ARAMBURU: *RDP*, 1917, pgs. 65 y ss.; GAYOSO: *RDP*, 1918, pgs. 324 y ss.; FALGUERAS: *RGLJ*, 1920, pgs. 537 y ss.

48. V., por ejemplo, la opinión de CASTEJÓN: *RGLJ*, 1912, pgs. 447 y ss.

49. MINGIJÓN: *La responsabilidad civil extracontractual* (tesis doctoral), Madrid, 1906; CASTEJÓN: *Tratado de la responsabilidad*. OSSORIO: *RGLJ*, 1934, pgs. 257 y ss.; DE MIGUEL: *La responsabilidad sin culpa*; BORREL MACÍAS: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual y RDP*, 1951, pgs. 108 y ss.; HERNÁNDEZ GIL: *RGLJ*, 1944, pgs. 343 y ss.; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: *AAMN*, t. XIII, pgs. 27 y ss.; BONET CORREA: *RDN*, 1960, pgs. 209 y ss.; HEREDERO: *La responsabilidad sin culpa*.

50. V. SANTOS BRIZ: *Derecho de daños*, 1962, pgs. 311 y ss.

51. «Este problema —señalan MAZEUD y TUNG— domina toda la materia de la responsabilidad civil, pues es el fundamento mismo de esta responsabilidad el que está en juego. Según que se adopte una u otra tesis, este fundamento será, en efecto, muy diferente» (*Traité* I, 6ª ed., pg. 430).

52. Cfr. SCOGNAMIGLIO: «Illecito», pgs. 200 y ss.

Una de las primeras y más serias reacciones al principio de la culpa la encontramos en la tesis de EXNER que, aunque formulada pensando en la responsabilidad «ex recepto» de las compañías de ferrocarril, es perfectamente aplicable a la responsabilidad extracontractual en su conjunto. En el momento en que EXNER expuso su teoría, la doctrina dominante, encabezada por GOLDSCHMIDT sostenía que la responsabilidad «ex recepto» no se sustentaba en consideraciones de tipo objetivo, sino que el porteador respondía en base a la diligencia del «diligentissimus pater familias», es decir, cuando no había adoptado «las medidas de precaución extraordinarias indicadas por las circunstancias», pesando sobre él una presunción absoluta de culpa. De esta forma, las nociones de caso fortuito y fuerza mayor eran sinónimas, y ambas se asimilaban a la «no culpa».

EXNER criticó duramente esta idea señalando que los conceptos de «diligentissimus pater familias» y de «culpa levissima», habían sido eliminados del Código Civil por su falta de contenido práctico y que la presunción absoluta de culpa no dejaba de ser una ficción⁵³. El porteador no tiene que ser «diligentissimus»; sino simplemente un «diligens pater familias» según el concepto romano; esto es, un hombre que es completamente capaz para los negocios que ha emprendido. Un «diligens pater familias» llevará a cabo aquellos esfuerzos y tendrá aquellas previsiones que según la experiencia sean necesarios para lograr el objetivo propuesto y evitar el daño, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, etc., dadas las circunstancias que en tal hecho concurren e independientemente de la presentación de circunstancias extraordinarias e imprevistas⁵⁴. Al porteador no se le puede exigir una diligencia extrema; lo que ocurre es que responderá objetivamente, excepto por fuerza mayor. Es decir, el porteador responde por caso fortuito, pero no por fuerza mayor⁵⁵.

Sin embargo, para EXNER el fundamento de esa responsabilidad no residía tanto en el hecho de que se tratará de una actividad de riesgo, cuanto en la situación en que se encontraban cada una de las partes en lo atinente a la obtención de las pruebas sobre la forma y circunstancias en que acaeció el evento dañoso. En este extremo la posición del perjudicado es mucho menos favorable que la del empresario, por lo que éste debe responder siempre que el hecho haya ocurrido en marco de su actividad, es decir, en el «interior» de la empresa⁵⁶. En este caso,

53. «... la expresión "medidas extraordinarias de precaución" y otras frases análogas —dice EXNER—, no pueden resolver el problema; porque lo extraordinario es siempre individual, no típico, y por eso no es apropiado para servir de tipo de medida o de comparación» (*De la fuerza mayor...*, pg. 58).

54. EXNER: *De la fuerza mayor...*, pg. 69.

55. Este tema será estudiado con más detenimiento en el ap. II del Capítulo IV.

56. Una moderna manifestación de esta tesis la encontramos en la doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba. A nivel legislativo, en la Segunda Ley alemana de Modificación de las normas sobre indemnización de daños y perjuicios (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* [24 septiembre 2001]), por la que se modifica la Ley del Medicamento (*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln*, 1976) al objeto de mejorar la posición del perjudicado en lo relativo a la carga de la prueba. Según el texto anterior, aquél debía probar no sólo que el daño provenía de la administración de un determinado medicamento, sino también que éste era defectuoso y que el defecto tenía su causa en el proceso de elaboración de la empresa farmacéutica. Ahora se prevé lo siguiente (§ 84):

el daño no imputable por negligencia al empresario, pero del que debe responder, constituye un «caso fortuito». El límite de su responsabilidad viene dado por la «exterioridad» del evento, esto es, el suceso ocurrido en el «exterior» de su actividad, y que escapa a su control (fuerza mayor). Volveremos sobre esto más tarde (en el ap. II del Capítulo IV). Adelantaré no obstante, que esta tesis presenta el inconveniente de no estar completamente despojada de la idea de la culpa. Es cierto que el empresario responde aunque el daño no hubiera sido debido a una conducta culpable. Sin embargo, su responsabilidad se basa en una presunción absoluta no de culpa, sino de que su situación respecto de las pruebas impide al perjudicado obtener las necesarias para acreditar la negligencia del transportista.

- 24 La doctrina buscó, por tanto, un nuevo fundamento que justificara la implantación de un sistema objetivo de responsabilidad en ciertos sectores de la actividad económica, hallándose en el hoy ya clásico de la teoría utilitaria, sustentada en el principio romano «ubi est emolumentum ibi est onus esse debet» (también conocido como «cuius commoda, eius incommoda») ⁵⁷, según el cual, aquel que emprende una actividad generadora de riesgos para terceros con el exclusivo propósito de obtener un beneficio, ha de soportar los daños que de tal actividad se deriven, aunque hayan sobrevenido sin su culpa ⁵⁸. Con este postulado se dotaba de fundamento a las nuevas corrientes de la actividad económica: la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa y la responsabilidad del empresario por los accidentes sufridos por sus dependientes.

- 25 De esta forma, el principio del beneficio-riesgo gravitó desde su nacimiento sobre un ámbito de influencia perfectamente delimitado, adquiriendo así un signi-

• En el caso de que un medicamento haya sido utilizado de forma apropiada según las circunstancias del caso, y no obstante se haya producido un daño, se presume que el daño es causado por ese medicamento.

• Que es la empresa farmacéutica la que ha de probar que el medicamento carecía de defectos cuando salió de su círculo de control. Esta previsión se justifica en el hecho de que aquella es la que posee los elementos de control de idoneidad del producto y la que está en mejor disposición para determinar lo sucedido en el proceso de fabricación. Por ello, la responsabilidad de la empresa se excluye cuando de las circunstancias concurrentes resulte que los efectos dañosos del medicamento han tenido su causa en una circunstancia ajena al ámbito del desarrollo y de la producción del mismo («Die Ersatzpflicht des pharmazeutischen Unternehmers nach Absatz 1 Satz 2, Nr. 1 ist ausgeschlossen, wenn nach den Umständen davon ausgehen ist, dass die schädlichen Wirkungen des Arzneimittels ihre Ursache nicht im Bereich der Entwicklung und Herstellung haben») [§ 84.3].

Sobre la reforma del Derecho de daños en Alemania, V. WAGNER, *NJW* 29 (2002), pgs. 2049 y ss.

En España, INFANTE RUIZ, *RdP* 11 (2003), pgs. 131 y ss.

57. Una interpretación, invirtiendo los términos, del fragmento de PAULO: «secundum natura est: commoda cojusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda» (D. 50.17.10, «De reg. iuris ant.»).
58. Donde la actividad esté dirigida a procurar un aumento del patrimonio del agente y, para alcanzar este fin, deba también, sin culpa del agente, ocasionar daños a terceros, estos daños han de resarcirse porque representan el pasivo de las ventajas que van exclusivamente al agente. Cuando un hombre organiza una actividad con finalidad de lucro, cuando tal actividad excede de la esfera de la actividad puramente biológica debe ciertamente sufrir también las desventajas y resarcir los daños ocasionados a terceros, aunque sea de forma inculpable. (PACHONI: *Diritto Civile*, 1940, pgs. 211 y ss.).

ficado plenamente técnico: tan sólo era posible invocarlo allí donde la actividad generadora de riesgos era susceptible de reportar beneficios para su titular. Es por esta razón por lo que gran parte de la doctrina negó a este postulado una validez general; incluso en ciertos ámbitos de riesgo, pues tan sólo resultaba aplicable cuando el daño fuera consecuencia del ejercicio de una actividad lucrativa, circunstancia, por lo general, a la explotación empresarial ⁵⁹, y por eso venía coherentemente definida como la conexión entre provecho y riesgo ⁶⁰. Sin embargo, este fundamento no se adecuaba a aquellas otras actividades en las que, aun siendo generadora de riesgos, su fin natural no era la obtención de un beneficio económico ⁶¹, por lo que no podía adoptarse como un criterio que, con carácter general, justificara una objetivación de la responsabilidad ⁶². En definitiva, el principio del riesgo-provecho carece de la suficiente «vis atractiva» como para constituir el fundamento de la implantación de un sistema de responsabilidad objetiva en otras actividades que no sean las profesionales o las propias de la explotación empresarial.

De otro lado, con el desarrollo del seguro de responsabilidad civil y de los seguros patronales, la idea del riesgo-provecho también ha perdido buena parte de su significado tradicional, pues según esa idea, las indemnizaciones o las primas del seguro satisfechas por los empresarios habrían de imputarse a su cuenta de pérdidas y ganancias; es decir, habrían de ser directamente deducidas de los beneficios obtenidos en la explotación de la empresa. Sin embargo, hoy es evidente que el elemento decisivo a la hora de determinar quién o quiénes serán los que hayan de soportar el coste de los accidentes ha de buscarse en las relaciones de producción y consumo. En efecto, la práctica nos dice que buena parte de las empresas o personas que emprenden actividades de riesgo se encuentran aseguradas contra las responsabilidades que puedan derivarse de su actividad. Y cuando no de forma voluntaria, el aseguramiento les viene impuesto por la Ley. De hecho, en los últimos años hemos asistido a una proliferación de normas que imponen el aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de determinadas actividades, sean o no de riesgo, desconocida hasta no hace mucho tiempo ⁶³. Naturalmente, las primas

59. FORCHIELLE *RIDP*, 1967, pg. 1387.

60. Cf. COMPTON: *L'esposizione al pericolo*, 1965, pgs. 7 y ss.; TRIMARCHI, *Rischio*, pg. 13.

61. Según MAZEAUD y TUNC, esta idea «puede explicar la responsabilidad por el hecho de las cosas y ciertos casos de responsabilidad por hecho de otro, como la de los comerciantes e industriales, jefes de una «explotación», pero no tiene valor en otros campos: el criterio propuesto no puede jugar ni en materia de responsabilidad por hecho personal, ni cuando el acto dañoso haya sido causado por una persona que no dirija empresa alguna. En una palabra, la tesis del beneficio restringe considerablemente el campo de aplicación de la teoría del riesgo: sólo son responsables sin haber incurrido en culpa aquellos que obtienen provecho de una «explotación»» (*Traité*, 1970, pg. 438).

62. Señala PERETTI GRIVA que esta teoría «podrá responder a una razón de oportunidad en el moderno y acelerado ritmo de la vida social, pero no puede ciertamente afirmarse que caracteriza una construcción armónica, tanto del lado moral, como del lado jurídico» (*La responsabilità*, 1959).

63. Así, junto a los tradicionales seguros obligatorios de automóviles, de caza, aéreo, de viajeros, de contaminación por hidrocarburos, etc., cabe citar, por hacerlo sólo de algunos, los siguientes seguros de responsabilidad civil (o de caución) exigidos por textos legales: En materia de patentes de invención y modelos de utilidad, Ley 11/1986, de 20 de marzo, art. 157 d); y RD 2245/1986, de 10 octubre, art. 62; sobre la actividad de los laboratorios de ensayo para el

de los seguros son costes que el empresario repercute en el precio final del bien o servicio objeto de su actividad⁶⁴.

- 27 El coste de los daños derivados de la explotación de una determinada actividad empresarial y/o profesional, se distribuye así entre todos los consumidores y usuarios de los bienes y servicios producidos o prestados por el conjunto de empresas dedicadas a dicha actividad, y se cuenta como un elemento más a la hora de determinar su rentabilidad. De esta forma, el fundamento de la responsabilidad objetiva no sólo reside en su función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino también en la de hacer socialmente soportable el coste de reparación del daño a través de una amplia redistribución del mismo y, sobre todo en la de atribuir a la empresa la carga del riesgo por ella generado, como una parte de su coste, de modo que determine la supervivencia de la empresa misma y del mismo método de producción socialmente activo. «Así dirigido —dice TRIMARCHI—, el principio no parece incompatible con la concepción liberal, la cual ha proporcionado también estudios económicos dirigidos a verificar si, como el funcionamiento de las leyes de la competencia, puede determinar un equilibrio justificado desde un punto de vista de economía general»⁶⁵. «También la responsabilidad objetiva, por riesgo lícito —continúa este autor— tiene dos funciones entre sí inescindiblemente conexas y simétricas con la de las propias de la responsabilidad por acto ilícito⁶⁶. Por un lado, tiende a la reintegración del patrimonio del perjudicado; por otro constituye una presión económica sobre quien ha organizado la actividad del riesgo para inducirle a que ésta sea racionalizada (desde un punto de vista económico general). La primera función coincide con la simétrica de la responsabilidad por acto ilícito. La diferencia se manifiesta, a su vez, en la segunda función porque, si bien es verdad que en ambos casos el fin último es el de obtener una reducción de los hechos dañosos, este fin último se persigue allí con la represión

control de calidad de la edificación en el área técnica de control de firmes flexibles y bituminosos y sus materiales, Orden de 7 abril 1997, art. 8; sobre cambio en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito, RD 2660/1998, de 14 diciembre, art. 4; sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, Ley 42/1998, de 15 diciembre, art. 7; sobre firma electrónica, RD 14/1999, de 17 de septiembre, art. 12 g), que exige una fianza o un seguro de caución; Ordenación de la edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, art. 17; Uso de embarcaciones de recreo o deportivas, Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para esta actividad; sobre transporte escolar y de menores, RD 443/2001, de 27 de abril, art. 12. Sobre los seguros obligatorios en España, v. PAVELEK, RES, 106, 2001, pgs. 235 y ss.

64. Es claro que tanto para el comienzo de una determinada actividad empresarial generadora de riesgos como para su posterior subsistencia (y nos referimos naturalmente a aquellas cuya utilidad sea superior al riesgo que introducen en la sociedad) el empresario habrá de tener en cuenta los costes de aseguramiento de su responsabilidad y analizar cuidadosamente el impacto que de su repercusión en el precio final del bien o servicio y si ello los harán más o menos, y en qué medida, competitivos en el mercado.

65. TRIMARCHI: *Rischio*, 1961, pg. 10.

66. Las dos funciones de la responsabilidad por acto ilícito serían; de una parte, la reintegración del patrimonio del perjudicado y, de otra, una sanción contra quien se ha comportado de modo prohibido, cuya amenaza contribuye a desalentar el cumplimiento del acto ilícito. (*Causalità e danno*, 1967, pg. 133).

incondicionada del simple acto prohibido; aquí con la atribución al responsable del coste de un riesgo consentido y perteneciente más a una actividad que a un acto singular»⁶⁷.

28 Desde esta perspectiva, el fundamento de la implantación de un sistema objetivo de responsabilidad en el campo de una determinada actividad económica empresarial parte de la base de que el conjunto del cuerpo social autoriza y tolera el desarrollo de dicha actividad, aunque sea potencialmente generadora de daños, por considerarla beneficiosas no sólo para la empresa, sino para la comunidad en su conjunto, y de que la eventual eliminación de tal actividad o su sustitución por otra menos peligrosa conllevaría un coste superior (coste de remoción) al de los accidentes que se derivan de ella. Pero, en contrapartida a esa tolerancia, la actividad debe estar sometida a un régimen de responsabilidad objetiva en favor de quienes deben soportar el sacrificio⁶⁸. Ello supone, además, el más amplio fraccionamiento de tales costes habida cuenta de que son los propios miembros del cuerpo social los que, en definitiva, van a soportarlos por medio de la repercusión de las primas del seguro (o de las indemnizaciones directamente satisfechas por las empresas) en el precio de los bienes o servicios⁶⁹.

29 Se ha señalado así que es el empresario quien debe soportar el riesgo, por sí imputable, derivado de la actividad de su empresa, no tanto por ser el beneficiado de tal actividad, sino por ser quien está en mejor situación para afrontarlo económicamente, asegurándose contra las posibles consecuencias dañosas de su explotación o proveyendo directamente a destinar partidas económicas para el resarcimiento de los daños, mediante la repercusión de su coste en el precio de los bienes

67. *Causalità e danno*, 1967, pg. 134.

68. Si por una parte —dice BONET CORREA— el desarrollo y explotación de la técnica moderna contribuye al bienestar económico de la persona, por otra exige la contribución de unas víctimas.

69. En definitiva, frente a las inseguridades que aparecen en la vida actual, se intenta la implantación de un sistema de seguridad que trata de conseguir una exigencia de nivelación entre el

que disfruta los bienes (especialmente técnicos, que producen una fuerza motriz) y quien es objeto de un daño por parte de ellos; de este modo, los daños ocurridos a consecuencia del riesgo que crean los ingenios modernos (ferrocarril, automóvil, avión, energía eléctrica, nuclear, etc.) deben ser reparados bajo este principio que tiende a una mejor distribución social de las cargas, por suponer un riesgo que alcanza a la comunidad y trata de implantar una más equitativa justicia distributiva» (*La responsabilidad*, 1960, pgs. 25 y ss.).

En todo caso —dice TRIMARCHI—, la entidad del riesgo se halla confrontada con la utilidad social de la conducta a la cual es inherente, habida cuenta de su costo de remoción: cuánto más grande sea la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es la justificación del riesgo.

Estas últimas consideraciones explican por qué ha sido consentido el ejercicio del ferrocarril, minas, centrales eléctricas, industrias de producción y de transporte de explosivos o de materiales inflamables, y de otras actividades que comportan un riesgo sin tener en cuenta el daño que puedan causar a terceros. Ciertamente, se impone la adopción de numerosas medidas de diligencia, pero permanece un margen de riesgo. Y es interesante observar que aun éste podría tal vez ser eliminado con la adopción de ulteriores medidas de seguridad, que, sin embargo, no se llevan a cabo por ser demasiado costosas o porque su frecuencia y minuciosidad ralentizaría de modo gravemente perjudicial el ritmo de la producción» (*Rischio*, 1961, pgs. 19 y 20; v. también *Causalità*, 1967, pgs. 134 y ss.).

y servicios⁷⁰. Sin embargo, la distribución social del riesgo no es más que una manifestación del poder de las empresas. Naturalmente, de la actividad económica empresarial se derivan una serie de beneficios para la comunidad, siendo imprescindible para el desarrollo económico-social. Es esto lo que justifica el riesgo que generan. Sin embargo, como digo, no es el empresario quien soporta el riesgo, sino que se limita a redistribuirlo, y no tanto porque el cuerpo social lo permita expresamente ni porque sea quien esté en mejor situación económica para hacerlo, sino, sobre todo, porque dispone del poder económico y de mercado suficiente para ello. Ese poder constituye generalmente una manifestación de solvencia y de acceso o de mantenimiento en el mercado.

30 De lo anterior se desprende que la responsabilidad objetiva no puede ser aplicada en todos los ámbitos de las relaciones sociales y económicas, sino tan sólo en aquellos que responden a los parámetros expresados. Como advierte la jurisprudencia, la doctrina del riesgo debe ser aplicada con un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal, en relación con los estándares medios (SSTS de 20 marzo 1996 [RJ 1996, 2244] y 10 diciembre 2002 [RJ 2002, 10435]). V. también SSTS de 18 julio 2002 (RJ 2002, 6254) y 13 marzo 2002 (RJ 2002, 1890).

31 Para terminar este apartado he de mencionar aquí el papel que ha representado el seguro de responsabilidad civil en esta evolución. Hoy prácticamente nadie discute que sin la existencia de esta modalidad asegurativa, la responsabilidad civil de nuestro tiempo no hubiera diferido sustancialmente de la que imperaba a principios del siglo XIX. Pero esto es algo que veremos con más detalle en el Capítulo VIII, dedicado al estudio de esta modalidad asegurativa.

III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

32 Aparte de las normas del Código Civil que instituyen una responsabilidad de carácter objetivo y que tienen su origen en las acciones noxales del derecho romano (arts. 1905 y 1910), el primer texto legal que incorpora al ordenamiento español un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva se refiere, en lo que llega a mi conocimiento, a los accidentes de trabajo. Se trata de la Ley de 30 de enero de 1900, en cuyo art. 2 se hacía responsable al patrono «de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente». Posteriormente, en la Ley de 10 de enero de 1922, por el que se modificó la de 1900, añadió un segundo párrafo al art. 2, a cuyo tenor, «La imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo, no exime al patrono de responsabilidad». Este texto fue a

70. JOSSEAND: *Les transports*, pg. 116; COVELLO: *RISG* 23, pg. 202; DOUGLAS: *Yale L.J.*, I, 38, 1929, pg. 584; JAMES: *Yale L.J.*, 57, 1948, pg. 549; GREGORY: *Virginia L.R.*, 1951; FRIEDMAN: *Harvard L.R.*, 63, 1949, pg. 241.

siempre modificado por el vigente TR de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 junio 1956; una modificación que obedeció a la necesidad de sentar expresamente ciertas reglas para determinados supuestos, interpretados por la jurisprudencia de forma poco favorable al trabajador⁷¹. Este régimen se recoge también en el RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo art. 123 se contienen buena parte de los elementos que conforman esta figura. Es en este ámbito donde con mayor claridad se advierte la manifestación de un sistema de responsabilidad casi absoluta, en la medida en que el único caso de exoneración del empresario es la fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, sin que, además, se consideren casos de fuerza mayor «la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos», y sin que la culpa o imprudencia profesional sea tampoco causa de exoneración, al excluirse expresamente.

Al margen de los accidentes de trabajo, las primeras manifestaciones de objetivización de la responsabilidad no lo fueron, curiosamente, en el ámbito del transporte por ferrocarril (de hecho, a la fecha de hoy el Ordenamiento español carece de una norma específica que instituya una responsabilidad objetiva en este ámbito) o de la circulación de vehículos de motor, sino que afectaron a la responsabilidad del Estado. Se trata de la Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre responsabilidad del Estado por determinados actos lesivos de fuerzas militares o de orden público (v. arts. 1 y 4), un texto legal que fue raramente aplicado. Más tarde, la Ley de Régimen Local proclamó en su art. 405 la responsabilidad de las Entidades locales, de forma directa o subsidiaria, de conformidad con el art. 406, por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. Tan sólo la responsabilidad directa era de carácter objetivo, regulándose ésta en el apartado 1º, núm. 2º del art. 406⁷². A ella le siguió la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en cuyo art. 121.1 se estableció la responsabilidad del Estado en unos términos que han sido parcialmente adoptados por los textos posteriores sobre esta materia («Dará también lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes o derechos a que esta Ley se refiere, siempre que

71. Según el art. 6 de esta Ley, «Son indemnizables los accidentes definidos en el artículo 1, a menos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente». Deberá entenderse existente la fuerza mayor extraña cuando sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trate.

72. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos.

La imprudencia profesional, o sea, la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajador y derivada de la confianza que éste inspira, no exime al patrono de responsabilidad.

En la actualidad, el art. 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local remite el régimen de responsabilidad de las Entidades locales «a los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa». V. también el art. 60 del RDLeg 781/1986 de 18 abril por el que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; y el art. 223 del RD 2568/1986, de 28 noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa...». La fórmula definitiva de la responsabilidad del Estado, objetiva y con carácter general, se recogió en el art. 40.1 de la LRJAE⁷³. La responsabilidad objetiva del Estado alcanzó rango constitucional en 1978, al proclamar la Constitución en su art. 106.2 que «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Este es el texto que, con ciertas variantes, recoge la actual Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC), en su art. 139.1⁷⁴.

- 34 En el ámbito del transporte se estableció un sistema objetivo de responsabilidad por vez primera en la Ley de Navegación aérea de 21 de julio de 1960, en cuyo art. 120 se dispone que la razón de la obligación de indemnizar a que se refieren los artículos inmediatamente anteriores «tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este Capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito, y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia». Los límites cuantitativos de responsabilidad establecidos en esta Ley⁷⁵ se mantienen en caso de negligencia leve, pero no funcionan «si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya (del transportista u operador) o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave» (art. 121). El sistema queda sustituido, en lo que sea de aplicación, por el Reglamento (CE) núm. 2027/97, del Consejo, de 9 octubre 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente⁷⁶, en la que se suprimen todo tipo de límites cuantitativos a la indemnización por este tipo de accidentes⁷⁷.

- 35 Poco después se publicó la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, pero no entró en vigor sino hasta el año 1965. Esta

73. «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa». Norma incorporada, a su vez, al Reglamento de los Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964 (art. 529), derogado por RD 1829/1999, de 3 diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios Postales.

74. «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

75. Actualmente fijados por el RD 37/2001, de 19 enero (BOE núm. 29, de 2 febrero).

76. DOL 285, de 17 de octubre.

77. Sobre este Reglamento pueden verse los siguientes estudios: ÁLVAREZ MORENO: «La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97, de 17 de octubre», *Act. Civil*, 2000, (Ref. XXXIII); BOTANA: *La limitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/97*, Madrid, Pons, 2000; DÍAZ ALABART: «La responsabilidad extracontractual de las Compañías aéreas en caso de accidentes. Su regulación en las normas comunitarias», en la obra colectiva *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coord. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Dykinson, 2000, pg. 207.

Ley fue sustituida algunos años después por su Texto Refundido, aprobado por el D. 632/1968, de 21 de marzo, que suprimió los títulos penales del texto de 1962, y quedó el actualmente vigente con la actual denominación de Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, cuyo Título Primero (Ordenación civil) fue nuevamente redactado por el RD Leg 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adaptó este texto legal al Ordenamiento Jurídico comunitario (sobre todo en materia de seguro obligatorio de responsabilidad civil), y posteriormente por la disp. adic. 8ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP). La vigente redacción de esta Ley proviene del RD Leg 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba su texto refundido. Como se ve, esta Ley ha experimentado numerosas reformas, pero el sistema de responsabilidad en caso de daños corporales sigue siendo, salvo algunos retoques, el original de 1962. En este tipo de daños, el conductor de un vehículo de motor responde de forma objetiva, «en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo», estableciéndose dos causas de exoneración de responsabilidad, «la conducta o negligencia del perjudicado» y la «fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo», no pudiendo considerarse como casos de fuerza mayor «los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos» (art. 1.1.I LRCSVM). Por el contrario, cuando los daños son materiales, el originario sistema de responsabilidad objetiva (pues ni la Ley de 1962 ni su texto refundido de 1968 distinguían entre uno y otro tipo de daños a estos efectos) fue modificado por el RD Leg 1301/1986, que dividió el sistema de responsabilidad, instituyendo uno de carácter subjetivo para los materiales, división que mantuvo el texto de 1995.

La explotación de la energía nuclear fue la siguiente actividad sometida a un régimen de responsabilidad objetiva. Concretamente por la Ley 25/1964, de 29 de abril, en cuyo art. 45 se establece la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear o de otras que desarrollen energías análogas, si bien limitada cuantitativamente a las cantidades señaladas en la propia Ley. El art. 57 establece no una limitación cuantitativa de responsabilidad, sino la cuantía de la cobertura de la garantía exigible (bien mediante un seguro de Responsabilidad Civil, bien mediante depósito en metálico o en valores pignorable en la Caja General de Depósitos) que es de 25.000 millones de pesetas.

Pocos años después lo fue la caza. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, que por una parte remitió a la legislación civil la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos (art. 33.1), y por otra hizo objetivamente responsable a los cazadores con motivo del ejercicio de la caza, estableciendo dos causas de exoneración, similares a las del ámbito de la circulación de vehículos de motor: la culpa o negligencia del perjudicado y la fuerza mayor (art. 33.5). Además, introdujo por vez primera en nuestro derecho el concepto de responsabilidad del miembro indeterminado del grupo («En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán todos los miembros de la partida de caza»).

38 Hubo que esperar uno cuantos años hasta que, en 1984, apareciera un texto legal que instaurara, con carácter general, y para el ámbito del consumo, un sistema pseudoobjetivo de responsabilidad. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) establece un complejo sistema de indemnización de los daños y perjuicios derivados del consumo o utilización de bienes, productos o servicios. El art. 25 expresa lo que parece ser una regla general, aunque lo que en realidad hace es establecer una causa de exoneración: que los daños y perjuicios estén causados por culpa exclusiva del consumidor o usuario o por la de las personas de las que deba responder civilmente (art. 25). El art. 26 enumera los sujetos responsables, y en qué casos están libres de responsabilidad (cumplimiento debido de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y de los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad), y el 27 por qué concepto lo son. Por último, el art. 28 establece un criterio más rígido de responsabilidad y una excepción a los supuestos de exoneración del art. 26, fundamentalmente para determinados productos y servicios (de higiene y limpieza, cosméticos, farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños). Curiosamente, y acaso por la complejidad del sistema, las normas sobre responsabilidad por daños de la LGDCU han sido escasamente aplicadas por nuestros Tribunales, que prefieren la sencillez del art. 1902 CC, si bien dándole una interpretación acomodada a las circunstancias del caso.

39 Dentro de este mismo ámbito del consumo, la última norma que estatuye un sistema especial de responsabilidad, y que constituye una modificación en profundidad de la LGDCU para los productos y determinados suministros, es la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LRCPD). Esta Ley no habla, en rigor, de responsabilidad objetiva (cfr. su art. 1. Aunque sí lo hace su exposición de motivos), aunque debe ser encuadrada dentro de este tipo de sistemas, al no requerir la culpa del sujeto eventualmente responsable. De otro lado, la LRCPD establece un elenco bastante extenso de causas de exoneración (art. 6), al que ha de añadirse la culpa de la víctima, bien como total liberación, bien como disminución de la responsabilidad (art. 9). Del mismo modo que en el caso anterior, y seguramente por las mismas causas, se trata de una norma que ha sido escasamente aplicada por nuestros Tribunales.⁷⁸

40 Este es, muy a grandes rasgos, y sin mencionar otras normas de responsabilidad de menor alcance, o que no hacen sino remitirse al sistema general, el panorama legislativo español en cuanto a los ámbitos y sectores de la actividad económica y social sometidos a sistemas objetivos de responsabilidad. Curiosamente, seguimos

sin una norma de responsabilidad objetiva de los ferrocarriles y otras actividades de riesgo.

41 Si en su dimensión legislativa la irrupción de la responsabilidad objetiva ha sido una constante en nuestro Ordenamiento a lo largo del siglo XX, particularmente en su segunda mitad, la evolución jurisprudencial, si bien algo tardía, ha sido realmente espectacular, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, mediados los sesenta. Pero con anterioridad se pronunció una sentencia que vino a modificar radicalmente el estado de la jurisprudencia en nuestro país. Me refiero a la STS de 10 julio 1943 (RJ 1943, 856), que examinaremos en el apartado que sigue.

IV. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL⁷⁹

42 Hemos visto que ya desde primeros de siglo algunos de nuestros autores habían dado la bienvenida a las modernas corrientes objetivadoras de la responsabilidad en determinados ámbitos de riesgo. Sin embargo, esta tendencia no llegó a influir seriamente en nuestros tribunales sino hasta la célebre STS de 10 julio 1943 (RJ 1943, 856). Esta sentencia representó un importantísimo punto de inflexión en la jurisprudencia a la sazón dominante. Hasta entonces se imponía al perjudicado la carga de probar la culpa del agente del daño, lo que se exigía de forma particularmente severa. La práctica enseñaba que las más de las veces la víctima tropezaba con dificultades casi insalvables para lograr tales pruebas, encontrándose, además, con unos tribunales poco proclives a declarar la responsabilidad del demandado.⁸⁰

79. Sobre la evolución de la jurisprudencia española en esta materia hasta mediados de los ochenta, véase el estudio de CAVANILLAS: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia* (Aranzadi, Pamplona, 1987).

80. Para poder apreciar en toda su amplitud esta doctrina jurisprudencial, prácticamente dominante hasta la segunda mitad del presente siglo, véanse las SSTs de 12 junio 1900 (CL 90, núm. 14, pg. 64), 23 junio 1900 (CL 90, núm. 28, pg. 151), 3 junio 1901 (CL 91, núm. 147, pg. 867), 4 diciembre 1903 (CL 96, núm. 135, pg. 771), 22 y 23 diciembre 1905 (CL 102, núms. 157 y 158, pgs. 928 y 941), 13 noviembre 1906 (CL 105, núm. 119, pg. 662), 28 noviembre 1908 (CL 112, núm. 101, pg. 796), 27 octubre 1909 (CL 116, núm. 35, pg. 213), 30 octubre 1909 (CL 116, núm. 40, pg. 267) (en esta sentencia parece romperse la línea de las anteriores al decirse en ella que «tanto el art. 1903 como el 1904 CC presumen la existencia de un daño causado con culpa o negligencia por persona que compromete en su responsabilidad civil a un tercero», sin embargo, a continuación se añade, en contradicción con lo anterior que «como quiera que en el caso del presente recurso aparece que ni en la causa criminal ni en el juicio se ha acreditado [...] la existencia de aquella culpa o negligencia...», con lo que se mantiene fiel a la doctrina tradicional), 10 mayo 1910 (CL 118, núm. 7, pg. 54), 19 diciembre 1910 (CL 119, núm. 122, pg. 696), 17 octubre 1911 (CL 122, núm. 85, pg. 472), 7 julio 1912 (CL 124, núm. 70, pg. 549), 5 abril y 17 mayo de 1913 (CL 127, núms. 11 y 83, pgs. 64 y 552), 2 enero 1914 (CL 129, núm. 5, pg. 24), 29 mayo 1915 (CL 133, núm. 78, pg. 446), 28 enero 1919 (CL 145, núm. 35, pg. 170), 9 enero 1922 (CL 155, núm. 8, pg. 49), 30 abril 1923 (CL 159, núm. 42, pg. 220), 3 diciembre 1923 (CL 160, núm. 142, pg. 680), 15 febrero y 11 marzo de 1924 (CL 161, núms. 77 y 125, pgs. 371 y 608), 31 octubre 1931 (RJ 1930-31, 2218) («... para que pueda exigirse de los demandados en el pleito el cumplimiento de las obligaciones nacidas de culpa o negligencia reguladas en los arts. 1902 y 1903 del CC, es indispensable que la demandante haya justificado de un modo cumplido, no sólo la realidad del daño por ella padecido

78. Seguramente el caso más llamativo ha sido el de la SAP de Zamora, de 1 septiembre 2000 (AC 2000, 1534), en el que se condenó a un fabricante de automóviles a indemnizar a los hijos de un conductor fallecido en un accidente de circulación, por fallo en el sistema de Airbag.

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

44 Esta sentencia significó no tanto una quiebra del sistema de responsabilidad a la sazón vigente en nuestro derecho, sustentado sin apenas excepciones en la culpa o negligencia (acaso con las únicas excepciones de los accidentes laborales y de los daños causados por animales⁸¹), incluso en ámbitos que hoy se consideran claramente de riesgo⁸², cuanto la modificación del tratamiento jurisprudencial de un elemento de importancia capital: la carga de la prueba de la conducta culpable o negligente del agente del daño. Nunca llegaremos a saber si el Tribunal Supremo llegó a concebir de forma siquiera aproximada el alcance de una sentencia que cambió radicalmente el rumbo de la jurisprudencia española en esta materia. Una decisión a la que seguramente no fue ajena la doctrina jurisprudencial francesa sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas, o acaso también bajo la influencia del recién promulgado Código Civil italiano, en cuyo art. 2054 se disciplinaba este tipo de accidentes, y en el que se estableció un sistema de presunción de culpa contra el conductor. Tras esta sentencia, donde antes era noticia la estimación de una demanda por daños, esto se convirtió en lugar común, aunque después de transcurridos varios años, y no sin ciertas vacilaciones.

45 El alcance y significado de la STS de 10 julio 1943 fue prontamente puesto de relieve por la doctrina⁸³, y, como digo, sólo puede comprenderse en sus justos

con la pérdida de su esposo..., sino también la culpa o negligencia que atribuye al conductor del vehículo», 29 diciembre 1939 (RJ 1939, 103), entre otras.

81. STS de 198 octubre 1909 (CL 116, núm. 22, pg. 120).

82. Aparte de las citadas en la nota 79, v. SSTs de 2 junio 1900 (CL 90, núm. 4), 3 junio 1901 (CL 91, núm. 147), 15 enero 1902 (CL 93, núm. 15), 7 febrero 1906 (CL 103, núm. 57), 13 noviembre 1906 (CL 105, núm. 119), 28 noviembre 1908 (CL 112, núm. 101), 8 mayo 1912 (CL 124, núm. 45), 14 junio 1920 (CL 150, núm. 87), 13 junio 1923 (CL 159, núm. 92), entre otras.

83. En su comentario a la sentencia, HERNÁNDEZ-GIL puso de relieve su importancia en el marco de la responsabilidad civil: Señalaba que con ella se inicia «un marcado cambio de rumbo en nuestra jurisprudencia. No es que se acoja la doctrina de la responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa. Expresamente se consigna en la sentencia que un criterio tal no se halla consagrado en nuestras leyes. Pero el Tribunal Supremo comprende el fondo de justicia que asiste

terminos mediante la lectura de la jurisprudencia anterior, unánime a la hora de atribuir al perjudicado la carga de probar la culpa del dañante en toda clase de accidentes⁸⁴.

Con todo, la pauta marcada por ella tardó algunos años en consolidarse. Salvo excepciones, su doctrina no fue acogida con decisión sino hasta principios de la década de los cincuenta, a partir de ciertas sentencias que, además, introdujeron nuevos elementos objetivadores de no poca trascendencia.

46 En efecto, sentencias posteriores dieron un nuevo paso en relación con otro de los requisitos tradicionales de la responsabilidad: la antijuridicidad del comportamiento dañoso⁸⁵. Así, la STS de 4 marzo 1944 (RJ 1944, 302) exigió ya una conducta diligente aun en el ejercicio de acciones legítimas, y la de 28 febrero 1950 (RJ 1950, 367) declaró que un acto lícito en sí puede dar lugar a culpa si no se realiza con la prudencia que exigen las circunstancias del caso. Esta línea fue culminada por la STS de 25 marzo 1954 (RJ 1954, 1001), la primera en adoptar la conocida fórmula, copiosamente utilizada por la jurisprudencia posterior, según la cual «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia».

47 Los Tribunales acudieron al art. 1104 CC para dar un apoyo normativo a esta doctrina. Un precepto que había sido aplicado a la responsabilidad extracontractual en alguna ocasión por sentencias anteriores, y cuya aplicación a este tipo de responsabilidad se generaliza, dándosele, además, un significado particular, a partir de la fórmula en él contenida: la omisión de la diligencia que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. A partir de entonces se exigió no ya sólo la diligencia simple, sino la «exactissima diligencia». Venía a consagrarse

48 a aquella en ciertos casos y, de una manera si bien indirecta y limitada, viene a aceptar resultados que en el orden práctico se le aproximan. No prescinde de la culpa como causa determinante de la responsabilidad. Pero, en virtud de una presunción, invierte la carga de la prueba. Funciona, pues, con arreglo a esta sentencia, la presunción «iuris tantum» de que en la comisión del hecho dañoso determinante de la responsabilidad civil extracontractual en los atropellos de automóvil ha mediado culpa del autor... esto entraña una derogación del régimen general de la prueba de las obligaciones establecida en el art. 1214 CC...» (RGLJ, 1944, II, pg. 350).

84. Así, para accidentes de ferrocarril, SSTs de 12 junio 1900, 23 diciembre 1905; atropello por tranvía, SSTs de 22 diciembre 1905, 30 octubre 1909; atropello por automóvil, SSTs de 2 enero 1914, 31 octubre 1931; muerte por descarga eléctrica, SSTs de 10 mayo 1903, 17 mayo 1913 y, en general, SSTs de 23 junio 1900, 4 diciembre 1903, 30 mayo 1906, 17 octubre 1911 (falsificación de talón), 7 julio 1912 (accidente laboral), 5 abril 1913 (muerte de capitán de navío como consecuencia del naufragio de ésta), 29 mayo 1915 (muerte de cabeza de ganado por tren), 28 enero 1919, 9 enero 1922, 31 octubre 1931, 9 abril 1932, 20 abril 1933, etcétera.

85. Coherentemente con su doctrina sobre la culpa y la necesidad de acreditar ésta por el perjudicado, la jurisprudencia anterior tenía declarado que quien usa de su derecho no causa perjuicio a otro (naturalmente cuando se trataba de daños materiales): SSTs de 10 mayo 1893, 11 julio 1908, 13 mayo 1911, 28 abril 1913 («el que ejercita un derecho está fuera de las condiciones que producen la obligación impuesta por los arts. 1902 y 1903 CC, relativas a la indemnización de daños por culpa o negligencia»).

así una doctrina según la cual el mero acaecimiento del resultado dañoso es suficiente de por sí para patentizar la falta de la diligencia debida, lo que de hecho equivale a la presunción absoluta de la culpabilidad del agente del daño, en cuanto que su sola producción acredita que ha actuado de forma negligente.

- 49 En ese momento, la propia jurisprudencia reconocía la fase evolutiva por la que estaba atravesando, y decía situarse en una posición intermedia entre el sistema de responsabilidad por culpa y el de responsabilidad objetiva, la cual se reconocía iniciada en la STS de 10 julio 1943⁸⁶. Con todo, se advertía claramente la poderosa influencia de los sistemas de responsabilidad objetiva y los fines que con ellos se perseguían. Una influencia que empezó a manifestarse de forma expresa en un número de sentencias que crecía de forma progresiva. Las palabras de la STS de 14 mayo 1963 (RJ 1963, 2699) son suficientemente elocuentes: «es una aspiración, en la evolución del Derecho moderno, que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guardia, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos (clara alusión a la LUCVM, ya publicada, pero todavía en fase de *vacatio legis*), que ya se van abriendo paso en algunos Códigos más progresivos: teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad». Se percibe con claridad la influencia de la jurisprudencia francesa y del nuevo CC italiano. Al socaire de las nuevas tendencias jurisprudenciales, fueron cada vez más numerosos los fallos en favor de las víctimas.

V. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA. LA CULPA

1. La culpa como criterio de imputación.

- 50 Salvo para casos específicos, nuestro Código Civil sustenta la responsabilidad sobre un criterio subjetivo de imputación: el dolo o la culpa (arts. 1101 y 1902). El art. 1902 no menciona el dolo, pero es tan obvia la imputación por esta causa que no merece la pena insistir sobre las razones de la omisión (que se encuentran en los arts. 1089, 1092 y 1093). Según la concepción del Código, las conductas dolosas dan lugar a responsabilidad por actos ilícitos, cuya solución civil se remite al orden penal. El civil se ocupa sólo de las culpables⁸⁷.

- 51 La culpa ha sido el criterio de imputación tradicional desde que el derecho romano de la época clásica emprendió un proceso de subjetivización del derecho

86. Vid. SSTs de 28 febrero 1950 (RJ 1950, 367), 23 diciembre 1952 (RJ 1952, 2673), 25 marzo 1954 (RJ 1954, 1001), 8 abril 1958 (RJ 1958, 1470), 30 junio 1959 (RJ 1959, 2944), 7 enero 1960 (RJ 1960, 104), 5 y 9 abril 1963 (RJ 1963, 1956 y 1964).

87. Sobre la cuestión, v. Capítulo VI.

histórico, sustentado en la imputación causal típica⁸⁸, que desembocó en la «Lex Aquilia de damno iniuria datum». Su posterior evolución y su plasmación en los textos Codificados ha sido profusamente tratada, por lo que es bien conocida⁸⁹, lo que me excusa de entrar en su estudio, sin perjuicio de volver sobre ella cuando estudiemos el caso fortuito y la fuerza mayor⁹⁰. Aquí me limitaré a realizar un sintético examen sobre el actual estado de la cuestión en el Derecho español.

Ninguna de las normas que se ocupan de la responsabilidad extracontractual proporcionan un concepto de culpa. Pero vale también para este ámbito, y así lo entiende la doctrina y lo afirma una amplísima jurisprudencia, la noción de culpa o negligencia del art. 1104 CC⁹¹.

En primer lugar cabe señalar que el art. 1104 asimila ambos términos, de manera que culpa y negligencia son la misma cosa. El concepto de culpa se formula de manera negativa. Trasladando la noción del art. 1104.I CC al campo de la responsabilidad civil extracontractual, la culpa sería la omisión, sin ánimo de dañar, de la diligencia exigible. Se plantean así dos interrogantes fundamentales, aunque íntimamente entrelazados: cuáles son las pautas de exigibilidad y cómo se mide la diligencia en el caso concreto. El Código Civil ha desechado el canon de diligencia «quam in suis», y ha optado por acoger un criterio abstracto y hasta cierto punto contradictorio: la diligencia señalada en la obligación o, en su defecto, la que corresponda a un buen padre de familia (art. 1104). Como se ha señalado, se trata de un canon de diligencia sustentado en la «accesibilidad». Es la diligencia a la que puede acceder toda persona normal⁹².

No parece que existan motivos para que este mismo criterio no se aplique en el ámbito extracontractual, de manera que el canon de diligencia debe venir representado por la que guarda el hombre medio, sin que deba ser exigible una diligencia extraordinaria. En el ámbito de la actividad empresarial y profesional, esto se traduciría en la aplicación de un principio de proporcionalidad, según el cual el deber de diligencia tiene su límite allí donde exista una desproporción apreciable entre el coste de adopción de determinadas medidas de prevención y la probabilidad de que se produzca un daño de alcance relevante. Sin embargo, lo cierto es que en este ámbito, la jurisprudencia sólo reconoce el canon clásico de

88. Sobre el tratamiento y la evolución de la culpa en el Derecho romano, v. CANNATA: *Sul problema de la responsabilità nel diritto privato romano* (1996), con amplia cita de autores. También BEINART: «The relationship of iniuria and culpa in the "Lex Aquilia"», en *Studi in onore di Arangio-Ruiz*, Nápoles, I, pgs. 296 y ss.; FUENTESCA, M.: *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, Valencia, 1997; TALAMANCA, Voz «Colpa civile (storia)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1969, VII, pgs. 517 y ss.; VALDITARA, «Damnum iniuria datum», en *Derecho romano de obligaciones* (homenaje al Prof. Murga Gener), Madrid, Ed. Ceura, 1994, pgs. 858 y ss.

89. Últimamente por PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad*, con amplia cita de doctrina.

90. Capítulo IV, ap. II.

91. Cfr. CARRASCO: CCCF, XV.1, pg. 585; Díez-PICAZO: *Derecho de daños*, pgs. 360 y ss.

92. CARRASCO, CCCF, XV.1, pg. 596.

la «diligentia exactissima». Se responde, por culpa levisima⁹³, lo que es tanto como decir que la apreciación de si concurre culpa o no en el caso concreto queda al más absoluto arbitrio judicial. La jurisprudencia emplea también en este ámbito los elementos circunstanciales señalados por el art. 1104.I CC para determinar qué diligencia es exigible en un caso concreto (ha de atenderse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar que concurren en ese caso), pero casi siempre lo hace sin una justificación mínimamente elaborada. En realidad las más de las veces no es sino un mero adorno conceptual⁹⁴.

55 No obstante, en buena parte de las actividades empresariales (y no sólo en la de riesgo) y en algunas profesionales, existen parámetros mucho más concretos, que vienen fijados por normas sobre seguridad. De acuerdo con esto, la diligencia exigible vendría determinada por el cumplimiento estricto de dichas normas. Resulta claro que cuando el daño es consecuencia de un suceso que ha sido posible por la omisión de una medida de seguridad impuesta por la norma, el empresario o profesional ha incurrido en negligencia, por lo que a aquél le es subjetivamente imputable. Siempre, naturalmente, que medie una previa imputación objetiva; es decir, que la violación de la norma haya generado una situación específica de riesgo que constituye el directo antecedente causal del daño. De hecho, en buena parte de los casos, el incumplimiento de tales normas, por muy leve que sea, es lo que fundamenta la declaración de responsabilidad del empresario. Sin embargo, la jurisprudencia no ha considerado suficiente el cumplimiento de las previsiones reglamentarias, sino que exige el empleo de la «diligencia socialmente necesaria» para prever o evitar el daño. Como resulta evidente, un criterio de esta naturaleza vuelve a introducir elementos de indefinición en el concepto de «diligencia», y traspasa los límites objetivos de la norma que impone un deber de seguridad⁹⁵. Ello implica, en definitiva, que el canon de diligencia trasciende los límites normativos quedando en manos de los jueces, que la reducen a un problema de mero hecho. Circunstancia que queda perfectamente reflejada en las palabras de la STS de 20 diciembre 1930 (RJ 1930-31, 1365): la culpa «abarca una escala tan dilatada o extensa que no es posible reducirla o sintetizarla en reglas precisas para su aplicación, y de ahí la necesidad de que en cada caso concreto y apreciando los diversos elementos de juicio facilitados al juzgador, deba éste apreciar o no la existencia de la causa generadora de la culpa o negligencia, cuyo criterio, como subjetivo e hijo de la convicción formado por los elementos probatorios traídos a la vista, debe ser mantenido y respetado en trance de casación».

56 No debe, pues, sorprender que a pesar de la importancia de la culpa como criterio de imputación, nunca haya existido una construcción jurisprudencial míni-

93. Según el célebre pasaje de D. 9.2.44, «In lege Aquilia in levisima culpa verit», seguramente sobredimensionado por los juristas postclásicos y la doctrina del Derecho común (cfr. ARANGIO-RUIZ: *Responsabilità contrattuale in Diritto Romano*, Nápoles, 1958, pgs. 233 y ss.). V. STS de 20 junio 2000 (RJ 2000, 5734).

94. V., por todas, las SSTs de 31 mayo 2000 (RJ 2000, 3923) y 20 junio 2000 (RJ 2000, 5734).

95. Cfr. Díez-PICAZO: *Derecho de daños*, pg. 358.

amente elaborada de este concepto. Como se ha señalado, la cuestión de la culpa ha sido y es una cuestión mayormente irrelevante. O bien se utiliza la expresión culpa para describir la «razón» por la que se responde; o bien se hace como cobertura para justificar una decisión que se adoptó sobre la base de otras consideraciones. En ningún caso la decisión sobre el fondo ha estado seriamente condicionada por una determinada concepción de los criterios de imputación⁹⁶. Las sentencias del Tribunal Supremo son enojosamente repetitivas en este punto, pues utilizan dos o tres fórmulas sobre el criterio de imputación, bien para justificar un fallo normalmente predeterminado, bien como argumento «ad abundantiam» cuya utilidad es más que dudosa.

El hecho de que nuestro Código Civil instituya un sistema de responsabilidad por culpa sin que prevea una fórmula general de contrabalance, como sucede en otros ordenamientos⁹⁷, tal como exige el desarrollo industrial y tecnológico, plantea numerosos problemas a la hora de aplicar un criterio objetivo de imputación en situaciones de riesgo que quedan fuera del ámbito de aplicación de una norma especial. La ausencia de un sistema de responsabilidad objetiva de las compañías de transporte por ferrocarril es seguramente el síntoma que mejor describe la situación del derecho español en esta materia. No debe sorprender por ello las profundas contradicciones que se advierten en nuestra jurisprudencia a la hora de aplicar un correcto criterio de imputación⁹⁸. El Tribunal Supremo soluciona cada caso con fórmulas estereotipadas en la que se mezclan elementos que son consustancialmente contradictorios entre sí, como la imputación objetiva y el reproche culpabilístico⁹⁹. Esa doctrina jurisprudencial que habla de evolución hacia una ma-

96. CARRASCO: *CCCC*, XV.1, pg. 587.

97. Así, en el Derecho francés, en el que existe un criterio general de signo objetivista, sustentado en la responsabilidad del titular o poseedor por el «hecho» de la cosa (art. 1384.I *Code*).

98. Como aquella según la cual «el art. 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial que, sin manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa hacia la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa. En las dos últimas décadas esta Sala ha mantenido que la persona que causa el daño lo hace sin por dolo o por culpa, pues de no haber una y otra, no había causado «nexo causal» el daño y, asimismo, ha tomado consideración, cada vez más, de la omisión como causa del daño y se ha referido reiteradamente a la negligencia omisiva» (STS de 9 octubre 2000 [RJ 2000, 9184]). No puede hablarse del mantenimiento del reproche culpabilístico, cuando se viene a decir que la existencia del daño implica necesariamente una acción u omisión dolosa o culpable, requiriéndose tan sólo la prueba de la relación causal. Esto sólo puede hacerse mediante la aplicación de un criterio de atribución objetiva de responsabilidad, que sólo requiere la imputación causal, sin el consiguiente test de imputación subjetiva.

99. Entre las más típicas y repetidas: «El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable (del resultado) dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa; así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstrac-

yor objetivización de la responsabilidad «ex» art. 1902 CC, pero sin abandonar todavía la idea de la culpa, adolece de una cierta incoherencia. Desde el momento en que el canon de diligencia en la responsabilidad extracontractual lo constituye la del «diligentissimus pater familias» no cabe hablar de una mayor o menor objetivización, puesto que, en la práctica, entre ese canon y el caso fortuito «nihil est medium». O hay culpa del agente del daño, por muy leve que sea ésta, o no la hay.

58 Lo que sucede es que, aparte de consideraciones dogmáticas, la aplicación de uno u otro criterio conduciría al mismo resultado. El elemento «culpa» tiene unos límites tan poco definidos que desde la perspectiva de su aplicación por los tribunales sigue constituyendo un criterio perfectamente válido también para las situaciones de riesgo. La fórmula relativa a la insuficiencia de la adopción de las medidas de seguridad reglamentarias¹⁰⁰, reconducida a la del «agotamiento de la diligencia» constituye una buena prueba. Para el juez es irrelevante que la norma le ordene declarar la responsabilidad del dañante tan sólo cuando medie culpa (no supere el test del «agotamiento de la diligencia»), puesto que no existen límites normativos que acoten el concepto (no lo hacen, y menos en el campo extracontractual, los parámetros del art. 1104 CC), de manera que, en última instancia, será él quien decida si en el caso concreto concurrió o no una conducta negligente del demandado.

59 Pero nada descubro si digo que si la comparamos con la jurisprudencia recaída hasta mediados del siglo XX, la jurisprudencia actual aplica pautas rigurosamente objetivas y que, por regla general, sólo exonera de responsabilidad al demandado cuando media una irrupción causal decisiva de la víctima o de un tercero, o cuando es manifiestamente imposible la imputación objetiva. Es decir, la responsabilidad del agente viene determinada, en definitiva, por el test de imputación objetiva. Lo que

ción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor» (STS 14 diciembre 1999 [RJ 1999, 9197]), con cita de numerosas sentencias.

«Si bien el art. 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia impugna para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo; aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio» (STS de 20 junio 2000. [RJ 2000, 5734]). También SSTs de 23 marzo 1984 (RJ 1984, 1431), 1 octubre 1985 (RJ 1985, 4566), 17 julio 1987 (RJ 1987, 5801), 28 octubre 1988 (RJ 1988, 7750), 19 febrero 1992, 30 diciembre 1995 (RJ 1995, 9616), entre otras muchas.

Entre las sentencias más recientes que utilizan estas o parecidas fórmulas, pueden verse las SSTs de 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8055), 20 mayo 1999 (RJ 1999, 3355), 17 abril 1999 (RJ 1999, 2585) y 30 julio 1998 (RJ 1998, 6927).

100. No basta con cumplir las exigencias reglamentarias, sino que es preciso emplear toda la diligencia socialmente necesaria para prever o evitar los daños.

equivale a decir que es fundamentalmente en tales casos cuando concurren esas razones que justifican que sea la propia víctima quien haya de soportar el daño.

60 Pero esto no empece para insistir en que tanto el soporte dogmático como normativo es insatisfactorio. Aunque lo cierto es que si hemos de estar a los textos legales no hay soluciones idóneas. Seguramente sea más correcto dogmáticamente la aplicación analógica de las normas que establecen la responsabilidad objetiva propia de las acciones noxales, como la «de pauperie» (art. 1905 CC) y la de «deiectis et effusis» (art. 1910 CC), pero aun así es manifiestamente insuficiente. Está claro que nuestro sistema general de responsabilidad civil está necesitado de una profunda revisión.

2. Los juicios de previsibilidad y de evitabilidad.

61 Elementos constitutivos de la imputación subjetiva son los juicios de previsibilidad y de evitabilidad del daño (art. 1105 CC). El juicio de previsibilidad consiste en un test por el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva¹⁰¹. Hay culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una determinada actividad, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana ordinaria debió prever el acaecimiento de un hecho o de un suceso dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias¹⁰². No la hay en caso contrario¹⁰³.

101. STS de 18 mayo 1999 (RJ 1999, 3352). Fallecimiento de una niña de tres años al caer en una piscina de la casa a quien el propietario había cedido en precario a los padres de la menor. La piscina se encontraba en un recinto vallado, al que se había prohibido el acceso. Según la sentencia, no puede imputarse el daño al propietario demandado, que adoptó las precauciones necesarias, no pudiendo haber previsto («es ilógico pensar») que al estar la piscina dentro de un recinto vallado al que está prohibido su acceso, así como protegido con cerramientos adecuados, pueda entrar en el mismo una niña de tres años y caer en ella. STS de 8 octubre 1998 (RJ 1998, 7559), sobre atropello de persona que por su grave intoxicación etílica se interpone en la trayectoria de camión que realizaba una maniobra de marcha atrás en trabajos de explotación minera. Para el conductor del camión «era imprevisible que un trabajador de la cantera, al que había visto fuera de la trayectoria de su vehículo, que maniobraba con lentitud, en tan breve espacio físico y de tiempo, irrumpiese de forma brusca y súbita debajo de la tolva». STS de 8 julio 1998 (RJ 1998, 5544). Suicidio de soldado en el botiquín del cuartel. El soldado padecía «trastorno psicótico» que no hacía previsible el resultado acaecido: «tomando como base determinados hechos acreditados, como los relativos a la personalidad y carácter introvertido de don Julio L., con dificultad para entablar relaciones sociales, impresión que produjo al Teniente médico de tener un trastorno psicótico por las frases y expresiones extrañas que profería, y ausencia de signos de violencia, nerviosismo y agresividad durante su permanencia en las dependencias del botiquín, ello no permitía la previsibilidad del resultado que luego, a las pocas horas, se desencadenó, pues lo contrario supondría imponer una diligencia previsible impropia a la del «buen padre de familia» que toma por modelo nuestro Código Civil, incluso, la sintomatología que aquél presentaba no requería, desde un enfoque de la «lex artis» médica, una hospitalización psiquiátrica urgente».

102. Cfr. PROSSER y KEATON: *The Law of Torts*, pg. 303.

103. Así, no pueden considerarse responsables de las lesiones sufridas por un menor como consecuencia de una caída en un centro escolar a quienes se encargaban de su vigilancia, cuando estaban practicando un juego que no implicaba riesgo alguno (STS de 27 septiembre 2001 [RJ 2001, 8155]). Por la inocuidad del juego y demás circunstancias concurrentes —dice esta sentencia— no cabía prever ni esperar un resultado como el producido.

62 Por ello, para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental, etc. Se denomina «inimputable» a la persona que no supera el test de previsibilidad, bien sea en el caso concreto, bien de forma genérica. El test de previsibilidad se encuentra expresamente regulado en algunos ordenamientos. Así, en el alemán, que declara inimputable a quien en el momento en que acaece el hecho dañoso se encuentra en estado de inconsciencia o de perturbación enfermiza de la aptitud mental que excluya la libre determinación de la voluntad (§827 BGB)¹⁰⁴. Del mismo modo, se declara genéricamente inimputable el menor de siete años de edad. Por el contrario, el mayor de siete años y menor de dieciocho puede ser imputable o no (§828.1 BGB)¹⁰⁵. No lo será si en el momento del acaecimiento del hecho dañoso «no tiene el discernimiento necesario para darse cuenta de la responsabilidad» (§828 BGB). Es decir, carece de capacidad de previsión. Una norma similar, si bien formulada de forma mucho más abstracta, la encontramos en el CC italiano¹⁰⁶.

63 A diferencia de los textos anteriores, en nuestro Código Civil no hay reglas expresas sobre inimputabilidad, sino meramente indirectas. La inimputabilidad se deriva de la atribución directa de responsabilidad por los hechos dañosos de los inimputables a ciertas personas que se encuentran respecto de ellas en una determinada relación¹⁰⁷. Los padres responden de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda; los tutores de los causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habitan en su compañía; los Centros docentes por los daños que

104. El mismo precepto excluye expresamente la inimputabilidad a quien voluntariamente se ha colocado transitoriamente en un estado de esa naturaleza debido a la ingesta de bebidas alcohólicas u otras sustancias semejantes.

105. La Segunda Ley alemana de modificación de las normas sobre derecho de daños (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*) incorpora un párrafo (2) al §828 BGB, en el sentido de elevar la edad de inimputabilidad de siete a diez años en casos de accidentes de circulación, salvo conductas dolosas, debido a la complejidad del tráfico de vehículos de motor y la implicación en él de los menores («Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollende hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat»).

La misma Ley modificó también el antiguo párrafo 2 del § 828 BGB (que es ahora el párrafo 3), en correspondencia con la incorporación del segundo, suprimiendo la inimputabilidad de los sordomudos («Wer das 18 Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach den Absätzen 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat»).

Sobre la reforma del Derecho de daños en Alemania, V. WAGNER, *NJW* 29 (2002), pgs. 2049 y ss.

En España, INFANTE RUIZ, *RdP* 11 (2003), pgs. 131 y ss.

106. «Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa» (art. 2046).

107. En los ordenamientos alemán e italiano se prevé también la responsabilidad por los daños causados por menores e incapaces de quienes tienen una obligación de vigilancia sobre ellas. En el caso de que la víctima no hubiera podido obtener la satisfacción del daño de tales personas, el juez, en consideración a la situación económica de las partes puede condenar al autor del daño a una indemnización de equidad (§829 BGB y arts. 2047 y ss. CC italiano). Esta última previsión no se contempla en el Código Civil español.

causen los alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo que se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro (art. 1903, párrs. 2º, 3º y 5º, respectivamente) (Capítulo XI). No se trata, en puridad, de responsabilidad por hecho de otro, sino por hecho omisivo propio. El test de previsibilidad se traslada del inimputable a aquel sobre quien pesaba un deber de guarda y de prevención en el momento en que acaeció el hecho dañoso. Por eso, aquél no responde cuando pruebe que empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Normalmente se trata de una obligación de «exactissima diligentia». En la práctica, sólo se exonera al guardador de la responsabilidad por los daños causados por el menor o incapaz bajo su guarda o custodia cuando medien circunstancias que permitan hacer recaer el daño sobre la propia víctima¹⁰⁸.

Además, el juicio de previsibilidad determina también la intensidad del elemento subjetivo¹⁰⁹. El dolo supone la asunción por el sujeto de la máxima probabilidad del resultado, en cuanto que es deseado por él. En la culpa lata/dolo eventual, el autor no desea el daño, pero asume que existe una elevada probabilidad de que se produzca. En la culpa levísima, la previsibilidad del resultado es prácticamente inexistente y totalmente nula en el comportamiento diligente. Por esto, el juicio de previsibilidad no sólo determina la imputabilidad subjetiva, sino también la cuantía del daño resarcible. Esto es así tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, pues aquí debe entrar en juego el criterio de intolerabilidad que sirve para justificar una mayor extensión de la deuda indemnizatoria en relación con el daño causalmente imputable a la conducta o actividad del agente (art. 1107 CC) (vid. Capítulo I, ap. III.3, sobre daños punitivos).

65 Naturalmente, para que pueda hablarse de culpa es preciso no sólo que el sujeto haya previsto un determinado resultado, sino también la constatación de que disponía de los medios necesarios para impedirlo y no lo hizo, o bien que recayera sobre él un deber de evitar ese resultado en el caso particular sin que lo hubiera hecho¹¹⁰. Es decir, operación posterior al test de «previsibilidad» es el test de «evitabilidad», según el cual no hay culpa cuando la previsión no va acompañada

108. Sobre la cuestión, me remito al Capítulo V.

109. De hecho, se define la culpa como lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue («culpa autem esse quod cum a diligente providere potest, non esse provissum») (PAULO: D., 9.2.31).

110. STS de 18 noviembre 1998 (RJ 1998, 8814). STS de 9 marzo 1998 (RJ 1998, 1270). Suicidio de paciente ingresado en centro hospitalario para ser tratado de sus tendencias suicidas. El paciente fue ingresado en una habitación con acceso al tejado del edificio, y durante un momento en que cesó la vigilancia accedió al mismo precipitándose a la calle. El Tribunal Supremo casó la sentencia de Audiencia declarando la responsabilidad del Centro hospitalario; al faltar los necesarios mecanismos de vigilancia y custodia, pues hubiera sido preciso que la habitación asignada al enfermo careciera de la posibilidad de acceder al tejado desde el que se precipitó a la calle y, en cualquier caso, que la vigilancia no hubiera cesado al tiempo de retirarse aquél a la habitación para descansar, medidas las indicadas que, indudablemente, no se adoptaron. STS de 19 febrero 1998 (RJ 1998, 636). Fallecimiento de agricultor en finca de regadío por electrocución, debida a descarga eléctrica en línea de alta tensión situada a 6,26 metros del suelo al contactar el tubo que llevaba aquél —empleado para el riego de aspersión— con la línea eléctrica. El riesgo pudo y debió preverse por los técnicos de la compañía eléctrica.

de la posibilidad de evitar el resultado dañoso (art. 105 CC), ni sobre el sujeto recaiga un deber de evitarlo en el caso particular mediante la adopción de las medidas necesarias para ello¹¹¹.

3. El juicio de previsibilidad en los sistemas objetivos de responsabilidad y en las actividades de riesgo.

66 En aquellos ámbitos en los que el daño es objetivamente imputable al agente, el juicio de previsibilidad deviene irrelevante a la hora de declarar la responsabilidad, con independencia, naturalmente, de su aplicación al objeto de determinar el alcance del perjuicio resarcible. La aplicación específica de un criterio objetivo de imputación prescinde del juicio de previsibilidad porque aunque el demandado se haya conducido de forma absolutamente diligente (porque es previsible que atendiendo a las circunstancias del ámbito en el que despliega su actividad una conducta negligente es potencialmente hábil para ocasionar daños), será responsable del daño derivado de su actividad, siempre que no medie un curso causal que excluya la imputación objetiva.

67 Hay ámbitos de riesgo en los que no existe una norma que establezca un sistema objetivo de responsabilidad. Como quiera que en ellos no desaparece la imputación subjetiva, permanece el juicio de previsibilidad. Lo que sucede es que en ellos el juicio de previsibilidad es particularmente riguroso. Cuando una determinada actividad es susceptible de generar una situación de riesgo, el sujeto que la crea debe prever las posibles consecuencias dañosas que pueden derivarse y adoptar las medidas de precaución necesarias para evitarlas. Qué medidas han de ser éstas es algo que dependerá de la específica actividad de riesgo de que se trate. Entre ellas se encuentra la de impedir u obstaculizar en lo posible el acceso del público en general al ámbito físico en el que se realiza o ejecuta dicha actividad o, en última instancia, advertir adecuadamente de la existencia del riesgo (deber de información). «La creación de un riesgo consecuente al ejercicio de una actividad lícita —dice la STS de 22 febrero 2001 (RJ 2001, 2243)— conlleva la obligación de establecer en su ámbito aquellos medios imprescindibles de seguridad que tiendan a evitar el daño según la previsión que aquel hacer aconseje»; se trata de «un deber de cuidado para con los demás en lo que previsiblemente se puede pensar que ocurra aun cuando la exteriorización de las circunstancias de peligro puedan ser observadas por quienes son extraños a su creación...».

111. STS de 9 octubre 1999 (RJ 1999, 7245). Fallecimiento de pasajera durante travesía marítima por edema pulmonar, esclerosis coronaria, infarto de miocardio y congestión visceral. Existencia en el buque del botiquín reglamentariamente ordenado. El Tribunal Supremo consideró que la obligación de la portadora consiste en conducir incólume al pasajero hasta su lugar de destino adoptando las medidas de protección necesarias contra los riesgos de mar así como contra los provenientes de una utilización normal por los pasajeros de las instalaciones de la nave. El riesgo de sufrir una enfermedad repentina los pasajeros de la embarcación, no proveniente de la utilización de los servicios que le son prestados, queda, por tanto, fuera de ese deber de protección y de la obligación de indemnizar los daños sufridos por el prestador del servicio contratado.

VI. EL CONCEPTO DE «RESPONSABILIDAD OBJETIVA»

Generalmente se define la responsabilidad objetiva de forma negativa: es aquella 68 que nace sin que medie culpa de aquel a quien se impute el daño. Se elimina así la culpa —se dice— sin ser sustituida por ningún otro criterio¹¹². Sin embargo, el de responsabilidad objetiva no es un concepto absoluto que responda exclusivamente a esa noción negativa, sino que en su seno se dan cita distintos tipos de responsabilidad que obedeciendo a un denominador común (la no exigencia de culpa en la conducta del responsable), cada uno de los cuales contiene una serie de elementos diferenciales. De este modo, la responsabilidad sin culpa constituye el centro de gravedad sobre el que orbitan formas que, perteneciendo a la misma familia, difieren entre sí. Se trata, pues, de un fenómeno universal que puede presentarse en forma pura, pero también con caracteres híbridos¹¹³. Así, la responsabilidad objetiva no es en sí una única alternativa a la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas¹¹⁴.

El primer elemento de discusión surge a la hora de delimitar la propia noción 69 de ausencia de culpa. Como veremos más adelante, en nuestra jurisprudencia se percibe con claridad una tendencia cada vez más acusada a una excesiva relajación del criterio de la culpa, a la que no es ajena la atávica aversión a prescindir de este elemento¹¹⁵. La STS de 6 mayo 1983 (RJ 1983, 2670) es una buena muestra¹¹⁶. Cuando sin concurrir una conducta culpable del agente el daño no se ve razón alguna para que sea la víctima la que soporte el daño, la imposición legal, con carácter general, del criterio de la culpa (art. 1902 CC) obliga a nuestros Tribunales, a expandir de tal forma este elemento que se acude a él en no pocos casos en los que ningún vestigio hay:

En realidad, son casos en los que se aplican criterios propios de sistemas objetivos 70 pero que se convierten en ficciones de culpa. En ellos las presunciones adquieren un carácter absoluto, convirtiéndose en un mero artificio al objeto de impedir la ruptura con el elemento culpa¹¹⁷. Es por ello por lo que se ha criticado las tesis de que la concurrencia o no de un solo elemento, el de la culpa, sea suficiente para decidir si estamos o no ante un sistema de responsabilidad objetiva. Como alternativa a esta idea, se han propuesto otros criterios cuya presencia o cuya ausencia nos pueden dar la respuesta a la pregunta de cuándo un determinado sistema de responsabilidad merece ser calificado de objetivo¹¹⁸. Tales principios son los siguientes:

112. Cf. ATIYAH: *Accidents*, 1980, pg. 168.

113. Cf. PALMER: *RIDC*, 1987, pg. 824.

114. ATIYAH: *Accidents*, 1980, pg. 168.

115. V., por ejemplo, MAZEAUD: *Rec. Dalloz-Sirey*, 1985, Chr. III, pgs. 13 y ss.

116. V. «supra» ap. V.I. Ver también la sentencia de 11 mayo 1983 (RJ 1983, 2683).

117. Ese gran astro del que —en palabras de GENTILE— los demás planetas que gravitan a su alrededor reciben fuerza indirecta y luz refleja (*La responsabilidad civil...*, pgs. 97 y ss.). COGLIOLO ha criticado la práctica jurisprudencial y la doctrina que defienden determinadas hipótesis de auténtica responsabilidad objetiva aun sin prescindir del criterio de la culpa, en base a una presunción absoluta de responsabilidad, señalando que «responder de tal culpa y no poder probar que se ha incurrido en ella es un absurdo» («Colpa "in eligendo"», pgs. 147 y ss.).

118. V. PALMER: *RIDC*, 1987, pgs. 825 y ss.

1º La responsabilidad sin falta se funda sobre una prohibición inflexible que reprime un resultado dañoso. «Este tipo de prohibición —señala PALMER— es más antiguo y sofisticado que la noción de culpa. Su prioridad histórica y su aplicación se hallan perfectamente ilustradas en la "Ley Aquilia". En principio, la sanción que entrañaba la violación de esta antigua Ley romana no dependía de la culpa. Se fundaba sobre la injuria, un daño físico infligido sin derecho. Así, toda lesión corporal o fractura de hueso era reprimida sin atender a la intención del autor»¹¹⁹.

2º La causalidad en la responsabilidad sin culpa se halla simplificada por tratarse de un elemento meramente fáctico («test factuel») que no toma en cuenta más que los actos positivos, pero no las omisiones del responsable. Este punto será tratado en el apartado I del Capítulo IV.

3º La responsabilidad sin culpa está caracterizada por la reducción del número y del alcance de los medios de defensa. Desde esta óptica, la responsabilidad sin culpa se distinguiría de la absoluta en que esta última no concede ningún medio de defensa al eventual responsable, y de la responsabilidad por culpa en que sus medios son más limitados en cuanto a su número y alcance. Cuanto más numerosos y de mayor alcance sean los medios de defensa, más nos alejaremos de la responsabilidad sin culpa¹²⁰.

71 En este sentido, el medio de defensa más frecuente es el de la culpa de la víctima. De otro lado, los medios de defensa en este ámbito funcionan como límites a la responsabilidad establecida en los dos primeros principios. De una parte, se constituyen como excepciones a la prohibición general (primer principio), y de otra, su papel es el de frenar la causalidad de hecho que hallamos en el segundo principio, y a este respecto se interponen como nociones causales normativas. De esta manera, mientras que, «prima facie», la causalidad de la responsabilidad sin culpa es material («factuelle»), la de los medios de defensa es normativa¹²¹.

72 Así, si entendemos la responsabilidad objetiva en su dimensión exclusivamente negativa, es decir, si la concebimos tan sólo como aquella que nace con independencia de la culpa del dañante, es evidente que la práctica totalidad de nuestras leyes especiales sobre responsabilidad han instituido una responsabilidad de este tipo. Sin embargo, con ser ello cierto, el sistema denominado de responsabilidad objetiva se configura, como acabamos de ver, como un género que cuenta con diferentes especies. Siendo su presupuesto fundamental la exclusión del criterio de la culpa del agente del daño o, por decirlo de otra forma, de la persona que controla el objeto de riesgo (empresa, vehículo, arma de fuego, etc.), habrá de atenderse a otra serie de factores para determinar ante qué tipo de responsabilidad objetiva nos hallamos. Así, la responsabilidad objetiva no es un sistema inflexible o monolítico, que se presente tan sólo en estado puro (como queda dicho, ello nos situaría ante un sistema absoluto de responsabilidad, sustentado exclusivamente en la relación de causalidad material

evento-daño), sino que se halla integrada por un cierto número de «tipos» o «especialidades» caracterizadas por la concurrencia, en mayor o menor medida y en mayor o menor número, de aquellos factores a que aludía más arriba, lo que habrá de ser delimitado, en cada caso, por la Ley que la instituya y para el ámbito a que esté destinada, y pulida por la labor de los tribunales. Y es que ante la existencia de un sustrato general de responsabilidad, sólidamente implantado en nuestro ordenamiento, como es el de la culpa, tan sólo la Ley es la que puede modificarlo en la línea y con el alcance que para cada sector de la actividad social o de producción exija el cuerpo social o estime conveniente el legislador¹²².

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA: «La responsabilidad civile», en *Tratato di Diritto Civile*, Milán, 1999, IV.
- ALPA y BESSONE: *La responsabilidad civile*, Milán, 2ª ed., 1980, I.
- : *La responsabilidad civile*, 3ª ed. (agg. por Maria Putti). Giuffrè, Milan, 2001.
- ALVAREZ MORENO: «La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. Régimen instaurado por el Reglamento comunitario 2027/97, de 17 de octubre», *Act. Civil*, 2000, Ref. XXXIII.
- ARAMBURO: «El problema de la sanción en el derecho civil», *RDP*, 1917, pg. 65.
- ARANGIO RUIZ: *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, D.E. Jov., 2ª ed., 1958.
- ATTYAH: *Accidents, compensation and the Law*, Londres, 3ª ed., 1980.
- BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 3ª ed., 1916, I.
- BONET CORREA: *La responsabilidad en el derecho aéreo*, Madrid, CSIC, 1963.
- : «La responsabilidad objetiva», *RDN*, 1960, pg. 209.
- BONNECASE: *Precis de droit civil*, II, Paris, Libr. A. Rousseau, 1934.
- BORREL MACIA: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual*, Barcelona, 1942, 2ª ed. 1958.
- BOTANA AGRA: *La ilimitación de la responsabilidad del transportista aéreo comunitario por daños*.

122. Apunta HERNÁNDEZ GIL que «la transformación del sistema de responsabilidad se lleva a cabo en el plano de la norma. Esta misma se nutre de otro contenido. No se trata de que se conceda el derecho subjetivo, la facultad o prerrogativa de exigir la responsabilidad sin la prueba de la culpa, lo que quizá permitiría no hacer uso de esa ventaja y acudir a la demostración de la culpa. Es sencillamente que ésta desaparece como ingrediente del supuesto de hecho normativo determinante de la indemnización» (*Pretor*, 1964, pg. 91). Por su parte, señala TORRALBA que «lo que caracteriza a la responsabilidad objetiva frente a la subjetiva o por culpa, hay que buscarlo en el plano normativo. Se trata en definitiva de un distinto tratamiento jurídico de la realidad social (...) los daños que aquí interesan son: los que se derivan de una actividad humana, más o menos directa, más o menos próxima al momento de producción del daño. En estos casos, los daños sufridos por la víctima pueden vincularse siempre a la actividad de otro miembro de la comunidad. ¿Cuándo deberá indemnizar el autor de esa actividad el daño causado? La respuesta la da el Derecho, la norma» («La responsabilidad civil», 1975, pgs. 386 y ss.).

119. PALMER: *RIDC*, 1987, pg. 831.

120. PALMER: *RIDC*, 1987, pg. 837.

121. PALMER: *RIDC*, 1987, pg. 838.

- a los pasajeros en caso de accidente: un estudio del Reglamento (CE) 2027/97, Madrid, Pons, 2000.
- CANNATA: Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Catania, 1996.
- CASTEJÓN: *Tratado de la responsabilidad*, Madrid, 1926.
- «Ensayo sobre las notas de diferenciación e integración de los derechos penal y civil», *RGLJ*, Madrid, t. 121, 1912, pg. 447.
- CAVANILLAS MÚGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Aranzadi Pamplona, 1987.
- CLAEYS: *L'assurance obligatoire de la responsabilité des accidents d'automobile*, Paris, 1962.
- COGLIOLO: «Colpa in "eligendo"», en *Scritti di diritto privato*, Milán, VII ed., 1940.
- COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1921, II, pg. 10. Traducida al español por DE BUEN: *Curso elemental de Derecho civil*, Madrid, 4ª ed., 1960.
- COMPORTI: *L'esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Pompeya, 1965.
- COVIELLO: «La Responsabilità senza colpa», *RISG*, 1897, vol. 23, pg. 202.
- DE CASTRO: «La indemnización por causa de muerte (estudios en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)», *ADC*, 1956, pg. 449.
- DE MIGUEL Y GARCILÓPEZ: *La responsabilidad sin culpa* (tesis doctoral), Barcelona, Bosch, 1931.
- DÍAZ ALABART: «La responsabilidad extracontractual de las Compañías aéreas en caso de accidentes. Su regulación en las normas comunitarias», en la obra colectiva *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (coörd. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Dykinson, 2000, pg. 207.
- DÍEZ-PICAZZO: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC* 2001-III (julio-septiembre), pg. 1009.
- DOUGLAS: «Vicarious liability and administration of risk», *Yale LJ*, I, 38, 1929, pg. 584.
- ESMEIN: «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *RTDC*, 1949.
- EXNER: *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual* («Der Begriff der höheren Gewalt [vis maior] im römischen und heutigen verkehrsrecht»). Viena, A. Holder, 1883, Traducida por E. MIÑANA. Madrid, Librería V. Suárez, 1905.
- FALGUERAS DE OZAETA: «Responsabilidad derivada de culpa o negligencia», *RGLJ*, 1920, pg. 537.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO: «Hacia la responsabilidad sin culpa y responsabilidad objetiva», *AAMN*, t. XIII, pg. 27.
- FERRI: «Dalla responsabilità alla riparazione», *RDComm.*, 1977, pg. 349.
- FLEMING: *The Law of Torts*, Sidney, 6ª ed., 1983.
- FORCHIELLI: «In torno alla responsabilità senza colpa», *RIDP*, 1967, pg. 1379.
- FRIEDMAN: «Social Insurance and the principles of Tort Liability», *Harvard L.R.*, 63, 1949, pg. 241.
- FUENTES-SECA, M.: *El delito civil en Roma y en el Derecho español*, Valencia, 1997.
- GARCÉS-ARÍAS: «La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo», *RDP*, 1918, pg. 324.
- GENILE: «La responsabilità civile extracontrattuale automobilistica», en *Responsabilità civile e previdenza*, Milán, vol. XVII, núm. 2, 1952.
- GOLDSCHMIDT: «Das receptum nautarum, cauporum, stabularionum». Apéndice en *ZGH*, 1871, XVI, pg. 324.
- GÓMEZ-ORBANEJA: «La acción civil de delito», *RDP*, núm. 384, marzo 1949, pg. 189.
- GRERORY: «Trespass to negligence to absolute liability», *Virginia L.R.*, 37, 1951, pg. 359.
- HEREDERO: *La responsabilidad sin culpa. Responsabilidad objetiva*, Barcelona, Nauta, 1964.
- HERNÁNDEZ GIL: «La responsabilidad civil en la Ley de 24 de diciembre de 1962», *Pretor*, 1964, enero-feb., pg. 91.
- «Comentario a la sentencia de 10 de julio de 1943», *RGLJ*, 1944, pgs. 343 y ss.
- INFANTE RUIZ: «La reforma del derecho de daños en Alemania» *RdP* 11 (2003), pg. 131.
- JAMES: «Accident liability reconsidered: The impact of liability Insurance», *Yale L.J.*, 1948, 57, pg. 549.
- JOSSERAND: *Les Transports*, Paris, 2ª ed., 1926.
- Nota en *Dalloz*, 1900, II, pg. 289.
- LAMBERT-FAIVRE: «Le sinistre en assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes», *RGAT*, 1987, pg. 196.
- LARENZ/CANARIS: «Lehrbuch des Schuldrechts», München, 13 Auflage, II.2. Bes. Teil, 1994.
- MAZEAUD: *Leçons de droit civil*, Paris, 6ª ed., XII, 1978.
- «La "faute objective" et la responsabilité sans faute», *Rec. Dalloz-Sirey*, 1985, Chr. III, pgs. 13 y 14.
- MAZEAUD y TUNC: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 6ª ed., II, 1970.
- MINGUJÓN: *La responsabilidad civil extracontractual* (tesis doctoral), Madrid, 1906.
- MORENO-MOCHOLI: «La responsabilidad civil por culpa extracontractual y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia», *RDP*, 1950, II, pg. 633.
- OSSORIO: «El hecho, generador de obligaciones (contribución al estudio de la responsabilidad sin culpa)», *RGLJ*, 1934, pg. 257.
- PACCHIONI: *Diritto Civile Italiano. Parte seconda. Vol. IV. (Dei delitti e quasi delitti)*. Padua, 1940.

- PALMER: «Trois principes de la responsabilité sans faute», *RIDC*, núm. 4, oct.-dic. 1987, pg. 824.
- PAVELEK: «Seguros obligatorios y obligación de asegurarse», *RES*, 106, 2001, pg. 235.
- PEÑA LÓPEZ: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.
- PERETTI GRIVA: *La Responsabilità Civile nella Circolazione*, Turín, Un. tip-Ed. torin., 1959.
- PROSSER y KEETON: *On Law of Torts*, St. Paul, Minn., 5ª ed., 1984.
- PUIG PEÑA: «Culpa extracontractual o daños por imprudencia», *RGLJ*, 1943, pg. 365.
- REYES MONTERREAL: *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, Madrid, Nauta, 1955.
- SALEILLES: *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897.
— *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, 3ª ed., 1925.
- SANTOS BRIZ: «Derecho de daños», *RDP*, Madrid, 1962.
- SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 10ª ed., I, 1951.
- SCOGNAMIGLIO: Voz «Illecito», en *Noviss. Dig. It.*, Turín, 1962, VIII, pg. 171.
- SILVA MELERO: «Ilícitud civil y penal», *RGLJ*, 1946, pg. 5.
- STEVENS: *The elements of mercantile Law*, Londres, 4ª ed., 1903.
- TALAMANCA: Voz «Colpa civile (storia)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1969, VII, pg. 517.
- TORRALBA SORIANO: «La responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación», en *Estudios sobre delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Universidad de Valencia, 1975.
- TRÁVIESAS: «El daño moral», *RGLJ*, 1917, pg. 88.
- TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961.
— *Censalita e danno*, Giuffrè, Milán, 1967.
- TUNC: Introducción a «Les problèmes contemporains de la responsabilité civile delictuelle», *RIDC*, 1967, pg. 757.
- VALDITARA: «Damnum iniuria datum», en *Derecho romano de obligaciones (Homenaje al Prof. Murga Gener)*, Madrid, edit. Ceura, 1994, pg. 858.
- VENEZIAN: «Danno e risarcimento fuori dei contratti», en *Opere Giuridiche (Studi sulle Obligationi)*, Roma I, 1919.
- WAGNER, G.: «Das Zweite Schadensfechtänderungsgesetz», *NJW* 29 (2002), pg. 2049.
- YZQUIERDO TOLSADA: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

Capítulo III

El daño

ELENA VICENTE DOMINGO

SUMARIO.—I. COLOCACIÓN SISTEMÁTICA DEL DAÑO EN EL ESQUEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—1. El daño, motor de la responsabilidad. La doctrina de daño desproporcionado.—2. La fórmula general y el concepto de daño.—3. Significado y alcance de la tipicidad. Los sistemas abiertos o de atipicidad de los daños.—II. EL CONCEPTO DE DAÑO. TEORÍAS.—1. El concepto de daño.—2. Teorías en torno al concepto de daño.—2.1. Teoría de la diferencia.—2.2. Teoría del daño concreto.—2.3. Teoría del daño normativo.—III. ¿ES NECESARIO REELABORAR EL CONCEPTO DE DAÑO?—IV. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO.—1. La relativa certeza del daño.—2. Certeza del daño, pérdida de una oportunidad y negligencia del abogado.—3. El daño directo y personal.—4. La licitud del daño.—V. LAS CLASES DE DAÑOS.—1. Los daños patrimoniales.—1.1. Consideraciones generales.—1.2. El daño emergente.—1.3. El lucro cesante.—2. Los daños extrapatrimoniales.—2.1. Consideraciones generales.—2.2. El daño moral en las leyes especiales.—2.2.1. El daño moral al honor, intimidad y propia imagen.—2.2.2. El daño moral por la utilización de productos defectuosos.—2.2.3. El daño moral en la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.—3. La instrumentalización del daño moral.—VI. EL DAÑO CORPORAL.—1. Consideraciones generales.—2. El daño corporal y el concepto de incapacidad.—2.1. Incapacidad temporal y día de baja.—2.2. Incapacidad permanente o secuela.—3. El daño corporal y sus consecuencias.—3.1. Las consecuencias pecuniarias del daño corporal: los gastos y las ganancias perdidas.—3.2 Consecuencias no pecuniarias: pérdida de oportunidad y daño de rebote.—3.2.1. El llamado «pretium doloris».—3.2.2. El «préjudice d'agrément», ¿daño moral puro o daño funcional?—3.2.3. El daño estético.—4. Los casos de «wrongfull birth» como daño reparable.—5. Los «wrongfull life» del daño corporal.—VII. EL DAÑO REFLEJO O POR REBOTE.—1. Planteamiento.—2. Daño de rebote por lesiones.—3. Legítimos en caso de fallecimiento.—VIII. LOS TÓPICOS DE LA REPARACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS DAÑOS.—1. El «quantum», cuestión de hecho.—2. La reparación específica y la reparación pecuniaria.—3. Principio de la reparación integral del daño.—4. La compensación de lucros y daños.—5. En particular, las prestaciones de la Seguridad Social y el recargo por incumplimiento de las normas de prevención.—IX. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CORPORAL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: PASADO, PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.—1. Consideraciones generales.—2. La Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991 para la valoración de los daños corporales derivados de accidente de circulación.—3. La valoración de los daños corporales derivados de accidentes de circulación en la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.—3.1. Características del sistema.—3.1.1. La cuantificación legal del daño causado.—3.1.2. De cómo funciona la cuantificación legal y la total indemnidad.—3.2. El debate sobre la inconstitucionalidad del sistema anterior a su declarada constitucionalidad.—3.3. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 marzo 1997 y su crítica.—3.4. La STC 181/2000, de 29 de junio, sobre el baremo de daños corporales y la «voladura controlada del mismo».—X. ALTERNATIVAS PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL.—BIBLIOGRAFÍA.