

InDret

Causalidad y responsabilidad

(2a edición)

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 94
Barcelona, junio de 2002

www.indret.com

Abstract

El trabajo se articula a partir de las dos distinciones clásicas en materia de causalidad: en primer lugar, la que media entre la doctrina de la causalidad de hecho (Cause in Fact), entendida como conditio sine qua non y los criterios normativos de imputación objetiva (Proximate Causation) y subjetiva (culpa y dolo) que tratan de restringir el ámbito de aplicación (Scope of Liability) de la primera; en segundo lugar, se parte de la distinción entre causalidad ex post y causalidad ex ante con el objeto de abordar los problemas que plantean la incertidumbre sobre las causas históricas de un resultado dañoso y la imprevisibilidad de los accidentes. En particular se hace hincapié en los criterios más generalizados por la doctrina de la imputación objetiva y se pone de manifiesto cómo algunos de ellos se solapan con la negligencia. Todo ello se ilustra con los casos más notables de la jurisprudencia sobre derecho de daños de las distintas salas del Tribunal Supremo.

Sumario

1. No tomarás la causalidad en vano
2. El caso del siglo
3. La multiplicidad de las causas
4. Causalidad e incertidumbre
5. El veneno está en la dosis
6. Criterios legales y doctrinales de imputación de daños
7. Causalidad y omisión
8. Causalidad y economía: causación, responsabilidad objetiva y negligencia
9. Asalto a las ciudadelas de la responsabilidad objetiva
10. Accidentes imprevisibles (“*Freak and Coincidental Accidents*”) y causalidad adecuada
11. Bibliografía
12. Tabla de Sentencias

1. *No tomarás la causalidad en vano*

La causalidad es una peste, escribió John FLEMING (“*Causation has plagued courts and scholars more than any other topic in the law of torts*”, (1998), pág. 218. Parecidamente, PROSSER/KEATON (1984), pág 263). La crítica, justa y terrible, tiene una buena causa: la causalidad, entendida como *conditio sine qua non (but-for test)*, es uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar responsabilidad por daños a alguien, pero la doctrina tiende a considerar que es el más importante si no el único. Esto es un error: **la causalidad es tomada en vano**. Todos los sistemas jurídicos incluyen muchas disposiciones que establecen un deber de compensar o remediar un daño. Sin embargo, muy pocas recurren a la causalidad como criterio único de imputación. En ocasiones, no exigen ni eso y, en otras, requieren más:

- a) La carga de compensar en todo o en parte a la víctima de un daño sufrido se impone frecuentemente a personas que no lo han causado. Si un niño enferma, sus padres tienen el deber de atenderle, así como el de paliar en lo posible las consecuencias del mal; el Estado -es decir, la colectividad entera- asume la carga de prestarle asistencia; y si la condición del niño se agrava súbitamente requiriendo atención inmediata, el médico vecino de la familia, avisado por los padres, deberá visitarle. En resumen: **no sólo se responde por haber causado un daño**.
- b) La regla general -pero no universal- de la responsabilidad civil es que para imputar un daño a una tercera persona, es preciso que ésta lo haya causado (art. 1902 del Código Civil). Mas la causalidad, cuando es condición necesaria, no suele ser condición suficiente (el mismo artículo 1902 exige, además de la causalidad, la culpa o negligencia). Es decir: **no siempre que se ha causado un daño -o se ha contribuido a causarlo- se responde**.

2. *El caso del siglo*

En España, el ejemplo paradigmático de imputación de daños a quienes no los habían causado es el caso del envenenamiento por aceite de colza. Primero una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 23 de abril de 1992 (Ar. 6783) condenó criminal y civilmente a los imputados aunque la razón del desencadenamiento de la enfermedad nunca fue aclarada. Años más tarde, la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 1997 (Ar. 6366) condenó a un funcionario de aduanas y, subsidiariamente, al Estado a pagar indemnizaciones por un importe superior a tres millardos de euros (3.381.805.884'342 dólares U.S.A.¹). La mayor condena del siglo se decidió dos veces al margen de la relación de causalidad.

¹ Según el tipo de cambio del día 18 de febrero de 1999.

En la década de los setenta, el Estado español permitía la importación de aceite de colza para la industria, pero, para proteger la producción nacional de aceite de oliva, prohibía destinarlo a usos alimenticios. Para evitarlo, el aceite de colza era obligatoriamente “desnaturalizado” con ricino. Como éste resultaba bastante caro, en 1973, unos industriales del sector pidieron a la Administración que les autorizara sustituir el ricino por aceites minerales nafténicos, por Azul de Ceres o por aceite de anilina, un producto tóxico, pero más barato que el ricino. El Laboratorio Central de Aduanas informó que no veía inconvenientes en el cambio. Los nuevos desnaturalizantes, indicó, podían identificarse fácilmente y hacían al aceite de colza inapropiado para la alimentación. A uno de estos industriales se le ocurrió invertir el proceso de desnaturalización y vender luego a buen precio el aceite resultante como comestible, pero algo -oscuramente relacionado con los procesos de refinado o de almacenamiento y transporte del aceite desnaturalizado- falló, cientos de personas murieron y miles quedaron gravemente afectadas. Nunca llegó a probarse la causalidad: solo se presumió a partir de indicios. Una Sentencia penal condenó a los particulares responsables del criminal desvío (***Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992***), pero éstos eran insolventes.

Entonces, los herederos de las víctimas mortales y el resto de los afectados unieron sus fuerzas en pos de una segunda resolución penal que responsabilizara a algún funcionario y, subsidiariamente, a la Administración para hacerle pagar una indemnización. El nuevo pleito fue resuelto, primero, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo 1996 y, en casación, por la del ***Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997, también de su Sala 2ª***. Ésta condenó al antiguo Director del Laboratorio Central de Aduanas, por una imprudencia temeraria consistente en haber autorizado la desnaturalización de aceite de colza con anilina. La sentencia declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. El funcionario escogido fue el eslabón que permitió aferrar las arcas del Estado. Sin embargo, las disposiciones que regulaban las competencias del Laboratorio dejaban bien claro que éstas tenían como único objeto clasificar las sustancias para determinar su tratamiento fiscal, su arancel, pero no perseguían velar por la sanidad pública (art. 1 del RD 1915/1979). La Sentencia buscó y encontró responsables principal y subsidiario para resolver un problema muy grave de asistencia social.

3. ***La multiplicidad de las causas***

¿Por qué la causalidad es un mal criterio de imputación de daños? Porque lo normal es que haya demasiadas causas, es decir, que haya muchos eventos sin cuyo acaecimiento tampoco se habría producido el daño. La causalidad es un criterio de imputación demasiado amplio.

Véase si no el siguiente concepto de causa total, que tomamos de uno de los mejores manuales de filosofía de la ciencia escritos en la pasada década: “[C]ada acontecimiento tiene por lo general múltiples causas ... La *causa total* de un suceso *e* es la suma ... de todos los eventos c_1, c_2, \dots, c_n tales que, de cada c_i ($1 \leq i \leq n$), es cierto que de no haber ocurrido c_i , y permaneciendo todo lo demás igual, tampoco habría ocurrido *e*” (José A. Díez y C. Ulises MOULINES, (1997), pág. 146).

Parecidamente, FUMERTON/KRESS (2001), pág. 98: “The problem is that, to get a set of conditions that is genuinely lawfully *sufficient* for some outcome, the set must contain indefinitely many conditions”.

El realismo jurídico intentó depurar el concepto de causa -de causalidad de hecho- de toda connotación normativa, pero el intento fracasó y el libro más influyente sobre causalidad

(HART/HONORÉ (1959), (1985) volvió a una concepción de la causalidad concebida como juicio fáctico-normativo que, basada en el sentido común, abarcaba la causalidad de hecho y la imputación objetiva (véase, críticamente, WRIGHT (1985), (1988)).

Asociar responsabilidad civil a responsabilidad por causación de daños es un error generalizado que no resiste el análisis. En efecto, uno de los ejemplos más universales de imposición legal del principio conforme al cual ***quien la hace la paga (Verursacherprinzip)*** –de responsabilidad por pura causación de daños- es la regla de derecho según la cual ***los fabricantes e importadores de productos defectuosos responden por los daños causados por el defecto*** (artículo 1 de la *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*² y de la *Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos* y *Restatement of Torts Third Section 402a §1 a) Products Liability*). Sin embargo, no es cierto que se responda por causar el daño sin más: el concepto de defecto es normativo y, por lo general, si el estado de los conocimientos en el momento de la comercialización del producto no permitía conocer el defecto, el fabricante no responderá.

El concepto de producto defectuoso se construye en el art. 3.1 a partir del *test* de las expectativas **legítimas** del consumidor: “Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar”; y el último de los apartados del art. 6.1 establece la excepción de **riesgos de desarrollo**, “El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”. Es decir, no basta causar un daño sino que, además, hay que saber o poder saber que se puede llegar a causarlo, salvo que se trate de medicamentos o de productos alimentarios, por los que el fabricante o importador responderá en todo caso.

4. Causalidad e incertidumbre

En el *Common Law*, la doctrina procesal civil en materia de prueba es que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor que 0’5 ó 50% (*Preponderance Evidence Rule*), es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo contrario. Esta tesis es polémica:

- a) Para algunos, la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es correcta. Así, supongamos (con Omri BEN- SHAHAR (2000) pág. 654, siguiendo a KAYE (1982)) un caso en el que el daño es de 100 €, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es sólo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de 40 € (0’4 x 100 = 40). Sin embargo, supóngase ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquélla. Entonces, en el caso anterior el tribunal condenará al demandado a pagar 40 € al demandante,

² BOE núm. 161, de 7 de julio de 1994.

pero el coste del error esperado será 48 € en vez de 40 € (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño; entonces, si causó daños de 100 €, es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60: el coste de error esperado es de $0.4 \times 60 = 24$. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los 40 € a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de $0.6 \times 40 = 24$. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de $24 + 24 = 48$. Hay una pérdida esperada neta de 8). La regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es también defendida por otros (LEVMORE (1990)), que entienden que incentiva a los actores para que traten de reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas. Por último, la regla mencionada puede reducir los costes de litigación, aunque sólo sea porque habrá menos casos que litigar.

- b) Otros en cambio critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Supóngase, con Steven SHAVELL (1998), pág. 212: un caso de concurrencia de causas, en el que hay i) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y ii) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a alguna empresa de la industria y en ausencia de prueba sobre qué empresa lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infraincentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente. En cambio, el productor principal será sobreincentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables, no podrá evitar la condena por la totalidad. Por eso, SHAVELL propone imponer responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación de cada cual, por pequeña que resulte (*Market Share Liability*). La tesis de Shavell apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados (así, en el ejemplo del apartado anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0.4. La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos).
- c) Como señala Omri BEN-SHAHAR (2000) las posiciones del debate reflejan dos puntos de partida distintos en materia de causalidad: quienes favorecen la primera tesis privilegian una perspectiva *ex post* del derecho de daños y quienes son partidarios de la segunda ponen el acento en una visión *ex ante*, centrada en la idea de prevención de daños. Una síntesis de ambas ha sido intentada por PORAT y STEIN (1997), quienes se pronuncian por una regla de responsabilidad por incerteza (*Liability for Uncertainty*): responderá por un daño cuya causa es incierta la parte que originó o tuvo la mejor oportunidad de evitar la incerteza, ello llevaría a las

partes a optimizar sus inversiones y despejar *ex ante* la incertidumbre, de forma que *ex post*, la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad, ya se encargarían de generar los incentivos óptimos para reducir el daño primario. Responde así quien está en mejor condición de preconstruir la prueba (*Cheapest Evidence Providers*).

5. *El veneno está en la dosis*

Cuando varios agentes contribuyan a causar un daño su actuación conjunta puede crear un efecto sinérgico: la actuación de uno refuerza el efecto perjudicial de la del otro o viceversa, de forma tal que mientras la probabilidad de que cada conducta, aisladamente considerada, causara el daño es reducida, en cambio, la probabilidad de que la superposición de ambas lo cause es mucho más elevada que la suma de las probabilidades individuales. Parecidamente, Lewis A. KORNHAUSER y Richard L. REVESZ (1998), pág. 371 y (2000), pág. 626 y ss., si hay varios agentes potenciales de daños que actúan secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ej., la cantidad de vertidos que realiza es por sí sola inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, todos juntos, acaban por causar graves daños. Dicho de otro modo, talar medio bosque no es necesariamente grave, pero cortar los árboles restantes sería una catástrofe. La regla, tradicionalmente aplicada por los tribunales españoles, de la responsabilidad objetiva y solidaria de los cocausantes del daño no tiene en cuenta que el segundo agente es mucho más peligroso que el primero: el veneno está en la dosis.

La concesión de acciones de regreso a quien ha pagado una indemnización por el todo limita la conclusión anterior, pero únicamente si el sistema judicial funciona razonablemente bien, gradúa la acción de regreso en función del incremento del daño causado en vez de hacerlo – en el ejemplo anterior – proporcionalmente al número de árboles talados y el demandado en regreso no es insolvente: de estos temas nos ocuparemos en una página específicamente dedicada a la responsabilidad solidaria.

En los casos de efecto sinérgico es muy discutido si hay o no un único modo lógico de imputar los daños a cada uno de los demandados (véase Omri BEN- SHAHAR (2000), pág. 659). Algunas propuestas, con todo, estimulan la reflexión de los jueces y magistrados llamados a decidir: una de ellas, por ejemplo, define el daño marginal de cada demandado, en casos de actuación simultánea de varios dañadores, teniendo en cuenta el promedio de todas las combinaciones posibles de actos dañinos; otra apunta al hecho de que si todos los demandados se comportaron de tal modo que habría bastado la actuación de cualquiera de ellos para causar todo el daño, el régimen de la responsabilidad solidaria infraincentiva un comportamiento prudente de todos ellos, pues el daño sólo se causa una vez y la acción de regreso permitirá dividir su estimación proporcionalmente al número de causantes. En casos así resulta justificada una condena por importe superior a los daños causados.

6. Criterios legales y doctrinales de imputación de daños

Las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios de imputación que permitan modularlo, es decir, a ampliarlo o restringirlo según convenga. En la cultura del *Common Law*, la causalidad eficiente entendida como *conditio sine qua non* (*Cause in Fact*) se matiza de acuerdo con una miríada de doctrinas sobre *Proximate Causation* con el objeto de descartar causas muy remotas; en el *Civil Law* sobresale la cultura alemana de la imputación objetiva (*Objektive Zurechnungslehre*) que persigue la misma función; en ambas, la negligencia y el dolo, como criterios de imputación subjetiva, delimitan ulteriormente el radio de acción de la causalidad.

El problema es que muchos criterios de imputación se detienen en el nivel de las propuestas doctrinales, pues pocas leyes los han hecho suyos. Algunas de las más importantes de estas últimas son las siguientes:

- a) Los arts. 154, 269, 389, 1596, 1903, 1905 y siguientes del Código Civil, que delimitan los roles sociales básicos a estos efectos: padres, tutores, propietarios, empresarios, maestros.
- b) En general, las disposiciones que regulan actividades, imponen deberes y delimitan con claridad posiciones de garante: por ejemplo, el art. 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; el art. 1 de la Ley 22/1994; los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP).
- c) Los arts. 118, 120 y 121 del Código Penal de 1995 que, de forma paralela a lo establecido por el art. 1903 del Código Civil, definen roles familiares, sociales y económicos a los que la ley penal asocia el deber de responder civilmente por las consecuencias dañosas de los delitos y faltas cometidos por terceros a cargo o bajo el control o dependencia de los titulares de aquellos roles (padres, tutores, guardadores legales, empresarios, propietarios de vehículos, Administraciones públicas).
- d) El art. 141 de la LRJAP según el cual “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” y que puede ser entendido, como veremos enseguida, en clave de riesgos generales de la vida.
- e) El artículo 1902 del Código Civil de 1889 establece con carácter general que la culpa o negligencia delimitan el círculo de responsables de entre todos los causantes de daños y, en la parte general de las obligaciones, el artículo 1102 CC podría llegar a entenderse en el mismo sentido.

Por su parte, la doctrina jurídica lleva más de un siglo discutiendo tópicos sobre imputación y algunas propuestas han sido ocasionalmente utilizadas por la jurisprudencia.

Las que siguen están tomadas, con algunas modificaciones, de la muy influyente obra del penalista alemán Günther JAKOBS (1993), págs. 195 y ss., y (1996), págs. 90 y ss.:

- a) Causalidad adecuada o adecuación (*Adäquanztheorie, Foresight Test*):** una causación sólo es jurídicamente relevante cuando no resulta muy improbable. Esta tesis es utilizada con frecuencia y bastante laxitud por la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo español.

Así, en la STS, 1ª. 1.4.1997 (Ar. 2724): un atracador forcejeó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria luego demandada. El pestillo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 euros. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El TS confirmó la decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada: "(...) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [E]s precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo" (F. J. 2). Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución.

Otro caso reciente es el resuelto por la STS, 1ª, 15.10.2001 (Ar. 8800): una alumna de 13 años, deficiente psíquica, golpeó a su profesora, que unos meses más tarde, sufrió una depresión grave, lo que determinó su incapacidad laboral permanente absoluta. El Tribunal hace referencia a los golpes recibidos como posible factor desencadenante, pero no como causa adecuada, de la posterior depresión.

Pero los autores nunca se han puesto de acuerdo en qué grado de probabilidad –entre 0 y 1- es el precisamente adecuado según el derecho; y siempre han discrepado acerca de si el juicio sobre la probabilidad debe consistir en una prognosis puramente subjetiva –similar a la que se lleva a cabo en el análisis del dolo y la culpa-, es decir, en un juicio sobre la evitabilidad del resultado, o si, por el contrario la prognosis ha de ser objetiva en el sentido de que un agente dotado de conocimientos especiales habría de haber conocido la probabilidad de la producción del resultado. A menudo, ambos puntos de vista se acumulan y se pregunta qué cabe esperar de una persona dado su papel en la sociedad. (Véase infra apartado núm. 10).

- b) Riesgo permitido o riesgos generales de la vida (*Erlaubte Risiken, General Life Risks*):** los humanos vivimos en sociedades caracterizadas por un grado más o menos intenso de división del trabajo y por distintos modos de interacción entre quienes las componemos. Mas una y otros sólo resultan posibles si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y que, por lo tanto, el agente no habrá de responder por la concreción del riesgo.

La doctrina del riesgo permitido es especialmente relevante en derecho penal, dada la gravedad que las consecuencias de una infracción penal tienen para el agente: quien, señala JAKOBS, como viandante no quiere soportar riesgo alguno derivado de la circulación rodada, no puede esperar luego, como enfermo y habitante de un pequeño pueblo, ser visitado por un médico sujeto a responsabilidad penal por todo accidente imaginable sufrido en una carretera helada.

En cambio, en derecho civil, las consecuencias jurídicas asociadas a la afirmación de la responsabilidad puramente civil son mucho menos graves que en derecho penal. Por ello, la pregunta acerca del riesgo permitido consiste, normalmente, en quién ha de pagar los costes derivados de una conducta determinada -el agente, la víctima, la comunidad de agentes o de víctimas potenciales, los contribuyentes o la sociedad entera-. Las respuestas varían, pues, en unos casos, el agente no responde de las consecuencias derivadas de sus actos, pese a que ello suponga la causación de serios daños a la víctima (así sucede, por ejemplo, dentro del ámbito de ejercicio legítimo de los derechos fundamentales: las libertades de información y expresión, p. ej., no se ejercitan sin costes a terceros); en otros aunque no está prohibida la realización de la actividad de que se trate, el agente o terceros han de pagar los costes asociados al daño producido (por ejemplo, responsabilidad objetiva en general; en particular: laboratorio farmacéutico obligado a contribuir a un fondo de compensación que habrá de pagar los daños derivados de la aplicación de una vacuna generalmente beneficiosa, pero que daña gravemente a una de cada millón de personas vacunadas, caso en el cual, los costes serán finalmente sufragados por quienes adquieran las vacunas en cuestión).

Para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costes y beneficios (véase, KIP VISCUSI (1996), pág. 1423) pero -señala JAKOBS- el cálculo se lleva a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente, económicos.

El estándar técnico, escribe el citado autor, determina lo que es habitual o lo que es mejor dentro de lo posible, pero no resuelve los problemas de valoración (*"Der technische Standard bestimmt das Übliche oder auch Bestmögliche, erledigt aber das Bewertungsproblemen nicht"*). En su opinión, en la mayor parte de los riesgos que actualmente se reconocen como permitidos no se puede llevar a cabo un análisis empírico en términos de coste-beneficio y ello es así por más que en muchos casos existan prognosis exactas acerca de la magnitud del riesgo: el saldo sería imposible de realizar porque no existiría un modelo social vinculante y suficientemente preciso que fungiera de término de comparación. Así por ejemplo, añade, los beneficios derivados de la conducción de automóviles por razones de ocio -y no de trabajo o cualesquiera otras de índole económica- no se pueden comparar con los de una inexistente sociedad en la que no hubiera tráfico rodado por motivos de puro placer o diversión porque dicha sociedad alternativa no existe. Mas el tráfico automovilístico de placer tiene siempre un coste de oportunidad, como bien saben los conductores que planifican su descanso semanal o la ubicación de sus primeras o segundas residencias: este coste de oportunidad no resulta muy difícil de valorar ni hace falta pensar en una sociedad imaginaria. Nadie lleva a cabo actividades cuyo coste de oportunidad es más elevado que el beneficio que derivamos de ellas. Una mala economía no puede dar buen derecho -(*cfr. KIP VISCUSI, (1992)*).

Sin embargo, prosigue JAKOBS, este (para él) irreal análisis coste-beneficio cede su lugar a la legitimación histórica de tal o cual riesgo permitido: ciertas modalidades de conductas arriesgadas encuentran su legitimación en la tradición y se aceptan consecuentemente como adecuadas socialmente, pero no por su antigüedad sino por el consenso en su recepción (*Übereinkommensein*). El riesgo permitido únicamente es tolerable cuando la víctima potencial se

identifica vagamente, de forma puramente estadística: así, las autoridades responsables del tráfico por carretera conocen *ex ante* el número aproximado de víctimas mortales en accidentes de tráfico durante un fin de semana, pero esta exclusiva circunstancia no les hace igualmente responsables de los mismos. En cambio, si conocieran concretamente el riesgo que supone para tal o cual persona tal o cual incidencia del tráfico, su responsabilidad sería clara.

Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo.

En derecho español de la responsabilidad civil, la doctrina del riesgo permitido es aplicada con cierta frecuencia por la Sala 3ª del Tribunal Supremo que intenta así limitar, un poco como puede, las consecuencias de casi medio siglo de insistencia doctrinal y jurisprudencial en la afirmación de la responsabilidad puramente objetiva de la Administración, es decir, que ésta responde:

- i) Objetivamente.
- ii) Por pura causación de daños.
- iii) Tanto en caso de acción como en el de omisión.
- iv) Sin excepción alguna derivada de la concurrencia de otras concausas más importantes o influyentes, y
- v) Tanto si el servicio público funcionó anormalmente como si lo hizo con absoluta normalidad.

De esta forma, los únicos modos de eliminar la responsabilidad de las Administraciones públicas son negar la existencia del vínculo causal o afirmar que la víctima lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía soportar – sufrir o tolerar- (art. 141 Ley 30/1992), pese a que éste hubiera sido causado por la actuación de la Administración. Los magistrados de la Sala 3ª suelen resolver que falta la relación de causalidad cuando a su juicio se ha producido un daño que no debe ser indemnizado con cargo a las arcas públicas. Si los riesgos exceden a los normales, la Sala 3ª aplica con frecuencia un estándar de culpa comparativa, es decir, de compensación de culpas y para hacerlo así tiene a veces en cuenta la omisión de un deber de advertir sobre la presencia de un riesgo poco frecuente o del de reducir su gravedad.

El argumento de texto que mejor permite aplicar la doctrina del riesgo permitido es el artículo 141.1 Ley 30/1992, según el cual:

“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Así los daños causados por el desembalse de una presa tras una lluvia torrencial concretan un riesgo que hay que soportar (STS, 3ª, 30.3.2000 (Ar. 4052)), a diferencia del derrumbamiento de una presa (como ejemplo más destacado, la de Tous en el río Júcar, STS, 3ª, 20.10.1997 (Ar. 7254)).

En la jurisprudencia destacan casos de simples caídas: así, en las escaleras mecánicas de un aeropuerto (STS, 3ª, 5.6.1998 (Ar. 5169)) o de una estación ferroviaria (STS, 1ª, 2.3.2000 (Ar. 1304)), o al bajar por la escalera -sin barandilla- en un banco (STS, 1ª, 28.3.2000 (Ar. 2110)), o en la escalera de acceso al local de una peña flamenca (STS, 1ª, 26.6.2000 (Ar. 5306)) o al hundirse un peldaño en una escalera en mal estado (STS, 1º, 7.5.2001 (Ar. 7376)); la actora pierde el equilibrio en la calle, por causa de un desnivel (STS, 3ª, 13.4.1999 (Ar. 4515)), mujer resbala y cae al entrar en un restaurante (STS, 1ª, 13.3.2002 (Ar. 1890)).

Confróntense estos casos con los siguientes, en los que la Sala aplicó un estándar de culpa comparativa.

En la jurisprudencia reciente véanse las SSTs, 3ª, 29.9.1999 (Ar. 8314) y 9.10.2001 (Ar. 10077), que condenan a indemnizar el 50% de los daños, la primera al viudo de una anciana fallecida y la segunda a la madre de una niña herida que paseaban por un malecón y que cayeron desde una altura de 7 m. en una escalera de piedra resbaladiza y sin barandilla que conducía al espigón de un puerto. Existía una prohibición genérica de acceso al puerto, pero no había un indicación expresa junto a la escalera o próxima a ella. Ambas citan la anterior STS, 3ª, 21.4.1998 (Ar. 4045): el actor resulta herido al no haberse apercibido de la existencia de una segunda puerta de cristal no señalizada con un punto rojo y golpearse con ella.

Casos de caídas por tropiezos en la vía pública en los que se responsabiliza a la Administración: (STS, 3ª, 17.5.2001 (Ar. 4146)), con un brusco desnivel de la acera, de noche y en una calle mal iluminada; (STS, 3ª, 18.2.2000 (Ar. 9079)), con unas losas mal colocadas y sin señalización; (STS, 3ª, 26.10.2000 (Ar. 9378)), con unas losas que no eran antideslizantes en un día lluvioso.

La STS, 3ª, 7.2.1998 (Ar. 1444) también negó la relación de causalidad entre la decisión de la Junta de Andalucía de prohibir la venta de crustáceos del litoral andaluz por el elevado nivel de contaminación de las aguas y los daños sufridos por la “Cooperativa andaluza de trabajo asociado”, dedicada al cultivo y venta de mejillones. El caso de la STS, 3ª, 29.10.1998 (Ar. 8421) es ilustrativo: un joven que se tiró al mar desde el rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalado el lugar como peligroso. En vano: el mar siempre lo es y no es razonable señalar toda la costa. Lo mismo había afirmado de las riberas de los ríos la STS, 1ª, 8.3.1997 (Ar. 2482): los padres de una niña de 13 años de edad que había muerto ahogada en el río Trueba reclamaban 40.080 euros al Ayuntamiento de Medina de Pomar (Burgos). El TS, confirmando las sentencias de las instancias, desestimó el recurso de los actores.

Varias sentencias recientes recurren a la causalidad adecuada para afirmar la responsabilidad de las Administraciones públicas. La STS, 3ª, 14.7.1998 (Ar. 5754) condenó al Ayuntamiento de Castellón de la Plana por los daños sufridos por el actor: un promotor inmobiliario a quien, meses después de haberle concedido la licencia de obras para construir un hotel, se le denegó la licencia municipal de actividad por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre construcciones hoteleras. La STS, 3ª, 26.9.1998 (Ar. 6836) condenó al Gobierno de Canarias a pagar 45.076 euros a los padres de un niño de 7 años de edad que murió en el colegio público en que estudiaba cuando, al salir de clase, se subió a la barandilla de la escalera, perdió el equilibrio y cayó desde un segundo piso.

- c) ***El principio de confianza (Vertrauensgrundsatz, Bilateral Care)***: pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes de precaución de cada

cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás.

En el principio de confianza se dan cita el riesgo permitido y la prohibición de regreso. Sin él, la división social del trabajo resultaría inviable. Con todo, debe preverse una cierta negligencia ajena y, por supuesto, quien esté en posición de garante responderá siempre.

De hecho, el principio de confianza es básico para asegurar que, en los accidentes bilaterales, las reglas de responsabilidad induzcan un equilibrio de NASH, es decir, una situación en la cual varios agentes económicos interactúan y tal que cada uno de ellos escoge la mejor estrategia posible, dadas las estrategias adoptadas por el resto. STS, 1ª, 23.2.2001 (Ar. 2549): el contratista demandado rompió los cables que la compañía telefónica demandante había enterrado a sólo diez o doce cm. de la superficie, incumpliendo la licencia municipal. La diligencia debida del causante del daño, dice el TS, es tal que *“necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación o relación con el comportamiento de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él”* (FJ 3º).

Dejamos, con todo, para otra ocasión la cuestión de qué regla es la más adecuada en presencia de agentes de daños que son menores e incapaces.

d) La prohibición de regreso y la posición de garante (*Regressverbot und Garantenstellung, Remoteness*): no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado y originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. Así, no cabe responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor por el crimen que éste perpetró luego con armas adquiridas gracias al dinero pagado. La doctrina en cuestión sólo puede analizarse con precisión en sede de autoría y participación, materia muy alejada del objeto de estas notas. Aquí bastará con indicar que el demandado no responderá salvo que hubiera estado en posición de garante en el momento en que ocurrieron los hechos. En derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestros, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero social y a la postre jurisprudencialmente para cada sector específico del tráfico.

Sobre prohibición de regreso, véase STS, 1ª, 12.6.2001 (Ar. 5680): no cabe imputar responsabilidad ni a RENFE ni al maquinista del tren que arrolló por la noche a un viajero cojo y ebrio, que decidió caminar por la vía del tren hasta Torralba (Ciudad Real); ni, en particular, tampoco a la taquillera de la estación de Ciudad Real que se había limitado a informarle sobre la imposibilidad de venderle un billete, al no existir apeadero en la localidad de destino.

Los ejemplos clásicos de prohibición del regreso son los de la interposición de la conducta dolosa de un tercero y más claramente si es criminal. Así, la jurisprudencia de la Sala Tercera rechazaba históricamente las reclamaciones de las víctimas de delitos, pues consideraba que su comisión derivaba exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento de los servicios públicos de seguridad ciudadana. Sin embargo el criterio de la prohibición del regreso admite muchas

modulaciones normativas y la evolución de la jurisprudencia española da razón de alguna muy significativa.

La STS, 3ª, 16.12.1997 (Ar. 9422) inició un cambio de nota: condenó a la Administración central del Estado a pagar 75.121 euros a la viuda de la víctima de un robo con homicidio perpetrado por dos reclusos que disfrutaban de un permiso penitenciario. Otras han seguido después: STS, 3ª, 25.5.2000 (Ar. 6278): Preso fugado dispara y hiere al actor con un arma de fuego; STS, 2ª, 29.5.2001 (Ar. 4575): Recluso durante un permiso hiere y viola a una mujer. Se niega la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 121 del Código Penal porque los presos no son funcionarios públicos, al tiempo que se sugiere reclamar por error judicial vía artículos 292 y ss. LOPJ.

SSAN, 30.5.2001 (Ar. 1236) y 20.3.2002 (La Ley 4793): Dos casos trágicamente gemelos protagonizados por los mismos delincuentes que cometen sendos robos con homicidio consecutivos, el mismo día y contra dos taxistas; uno de los autores había sido objeto de una medida cautelar en un centro de internamiento de extranjeros en trámite de expulsión, posteriormente había cumplido una condena de dos semanas en prisión pero, en lugar de ser devuelto al centro de internamiento, había sido puesto en libertad, circunstancia que aprovechó para asaltar a sus víctimas con ayuda de un tercero. La primera Sentencia condenó a la Administración a pagar 132.222,66 €, y la segunda, 120.202 €

e) *Ámbito de protección de la norma (Schutzbereich der Norm, Breach of Statutory Duties):* la infracción de una norma cuya finalidad no es proteger el bien jurídico lesionado no puede ser esgrimida para imputar el resultado dañoso al agente. JAKOBS prefiere hablar de realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos, pero la idea de fondo es que siempre la norma sobre cuya infracción se pregunta contempla uno o más riesgos, pero no todos ellos.

STS, 1ª, 8.10.1998 (Ar. 7559): un trabajador había muerto atropellado por un camión cuando, al dirigir la operación de su carga, se situó tras un punto ciego del vehículo y éste le aplastó. La autopsia reveló que la víctima tenía 4,8 gramos de alcohol por litro de sangre. En la demanda, su viuda e hijos alegaron sin éxito que el conductor del camión no poseía el certificado de aptitud de manejo de maquinaria minera exigido por el art. 117 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (R. D. 863/1985, de 2 de abril). “La ausencia de dicho permiso es irrelevante en este caso” (F. J. 2). El TS confirmó las sentencias desestimatorias de las instancias. Mas, al parecer, nadie tuvo en cuenta que la víctima había iniciado la operación de carga del camión y que, por tanto, su conductor no debería haberle perdido de vista mientras maniobraba.

STS, 1ª, 21.11.1998 (Ar. 8817): un pintor de 32 años de edad, casado y padre de dos niñas de corta edad, cayó de un sexto piso de la guindola desde que pintaba la fachada de un edificio y murió al poco a causa de las lesiones sufridas. Su empresa no le había facilitado las más elementales medidas de seguridad y carecía de licencia fiscal, de libro matrícula de la empresa, alta en la Seguridad Social y póliza de seguro de accidentes (OM de 9 de marzo de 1971). La viuda, accionando en nombre propio y en representación de las hijas, solicitaba 150.253 euros de la empresa y de la comunidad propietaria del edificio. Ambas demandadas fueron condenadas, en primera instancia, a pagar una indemnización de 90.151 euros. En apelación, la Audiencia absolvió a la comunidad de propietarios. El TS no estimó el recurso de la demandante que pretendía, de nuevo, la condena de la propietaria del edificio: la falta de permisos administrativos, dijo, fue extraña a la producción del accidente y la comunidad no estaba

obligada, además, a controlar el cumplimiento de las previsiones reglamentarias sobre seguridad en el trabajo.

Un caso reciente en el que se dan cita los criterios de causalidad adecuada y de fin de protección de la norma es el resuelto por la STS, 1ª, 22.4.2002 (Ar. 3312): uno de los comitentes de una obra resultó gravemente herido por la caída de una silla metálica provocada por un tercero enemistado con la víctima. El JPI y la AP aplicaron la doctrina de la causalidad adecuada y resolvieron que la utilización de las sillas no había sido la causa apropiada de la producción del daño, pero el TS casó la sentencia absolutoria de la Audiencia, pues consideró que la infracción de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden de 28.8.1970) prescribía la instalación de andamios y no de sillas de seguridad. En la sentencia de casación, parece quedar sobreentendido que el fin de protección de la ordenanza cubre los daños dolosos, apreciación de la que quizás el lector podría discrepar.

f) Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (*Einverständigung, tatbestendausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr, Victim's Consent and Assumption of Risk*): no es imputable al agente el resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible. El ejemplo clásico son las lesiones deportivas.

STS, 1ª, 22.10.1992 (Ar. 8399): deportista aficionado a la pelota vasca pierde un ojo al recibir un pelotazo de su contrincante; STS, 1ª, 18.3.1999 (Ar. 1658): mujer muere al colisionar con la caseta de un transformador eléctrico cuando descendía una pista de esquí sobre un plástico; STS, 1ª, 27.9.2001 (Ar. 7129): alumna de un curso de golf golpea con el palo a su monitora al errar un golpe; STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8639): joven aficionado al rafting muere ahogado tras caer al agua y golpearse con una roca.

STS, 1ª, 12.3.1998 (Ar. 1286): no se concede indemnización alguna a los padres de un joven de 17 años de edad que se había ahogado en una charca cercana al lugar en que trabajaba: una tarde de julio y para aliviarse del agobiante calor, el joven, que no sabía nadar, decidió refrescarse en la charca. Al día siguiente, la Guardia Civil lo encontró ahogado. Los actores reclamaron 60.101 euros a la empresa de carpintería para la que trabajaba su hijo. Las instancias desestimaron la demanda y el TS no admitió el recurso de los actores.

7. Causalidad y omisión

La causalidad siempre se ha llevado mal con la omisión. De hecho, la mayor parte de la doctrina actual niega que haya algo así como causalidad en la omisión. Aquí no entraremos en esta discusión: bastará con suponer que si la ley establece un deber de actuar, responderá el obligado a cumplirlo que no lo haya hecho.

El problema práctico de extender el análisis causal a la omisión es que obliga a suponer una causalidad hipotética (¿qué habría sucedido si el demandado hubiera actuado?) y ello causa problemas muy serios de prueba. El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión su ausencia, pero siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no

hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer pero no hemos hecho). Véase, Jesús MOSTERÍN, (1987), pág. 141.

Filosóficamente, hay muchos trucos para rodear el problema de la causalidad en la omisión. Véase el siguiente que tomamos de la obra citada de DíEZ y MOULINES (1998), pág. 253: hay causas “propiciativas” (*contributing*), que contribuyen positivamente a la ocurrencia del efecto, y “resistivas” (*counteracting*), que contribuyen a su no ocurrencia: fumar es causa propiciativa de cáncer de pulmón; hacer ejercicio es una causa resistiva. Este carácter no es absoluto, pues puede alterarse en presencia de otras causas: la arena es causa propiciativa de accidentes de carretera, pero en presencia de hielo es causa resistiva.

La mayor parte de los casos de responsabilidad civil son pecados de omisión, es decir, de responsabilidad por hechos ajenos, *-vicarious liability-*: el problema es si, técnicamente hablando, cabe hablar en ellos de responsabilidad por omisión de un deber de vigilancia de la actividad ajena o si es preferible hacerlo de causación de daños por quienes actúan dentro de nuestra esfera de influencia y responsabilidad.

Es preferible el segundo enfoque: la idea es que si el patrono y el empleado solvente, en el supuesto arquetípico, pudieran contratar libremente, entonces la existencia o inexistencia de un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno sería irrelevante. En la práctica lo es y mucho porque: i) la víctima sabe qué empresa le causó daños, pero no cuál de sus empleados; ii) los empleados suelen ser escasamente solventes; iii) en ausencia de responsabilidad, el patrono contrataría a los más insolventes (*Judgement Proof*); iv) hay muchos costes de negociación entre patronos y obreros. En España, la mayor parte de los recursos de casación resueltos por sentencia por la Sala 1ª del Tribunal Supremo son casos de responsabilidad por hecho de otro. Para un análisis más extenso de este problema, véase Pablo SALVADOR/Carlos GÓMEZ (2002).

8. Causalidad y economía: causación, responsabilidad objetiva y negligencia

El análisis económico y positivo de la causalidad y del derecho de daños es sumario: ***una persona A causa daños a otra B cuando la conducta de A es una variable que comparece en las funciones de utilidad de ambos.*** Así A fuma con placer, pero ello desagrada a B y pone enfermos a los dos (véase, por ejemplo, Robert COOTER y Thomas ULEN, (1996), pág. 266).

A continuación, el análisis deviene normativo (véase Omri BEN-SHAHAR, (2000), págs. 644 y ss.) y se centra en el objetivo económico del juicio de adscripción causal, que es promover la eficiencia económica. Prescinde así de los contextos que no son económicos (físicos, químicos, biológicos, médicos, etc.) y decide que ***causante de un daño es quien puede evitarlo a menor coste*** (Guido CALABRESI, (1975), pág. 71; William LANDES y Richard POSNER, (1987), pág. 228). Pero al hacerlo así, reduce la causalidad a la negligencia y ésta a aquélla. Como explica SHAVELL (1998), pág. 212), “***the socially desirable level of care itself implicitly reflects causation***, care is socially valuable only to the degree that it can reduce accident losses in circumstances where losses would otherwise result”.

Este resultado era ya bien conocido por el análisis jurídico tradicional (James BUCKLAND (1935), ahora: Marc A. FRANKLIN y Robert L. RABIN, (1996), pág. 293). El requisito de la proximidad de la causa -es decir, la exigencia de que la causa no sea demasiado remota- contribuye a delimitar el radio del círculo de las personas potencialmente obligadas a observar tales o cuales deberes de precaución hacia la víctima. Es decir, los sujetos obligados a cumplir con tales o cuales deberes de precaución son identificados en sede de causalidad. Típicamente, los manuales y *casebooks* de derecho de daños tratan de los deberes de precaución dos veces: al definir la negligencia y al analizar la causalidad.

Thomas MICELI (1997, pág. 22) apunta a una crítica posible del análisis causal relacionado con la eficiencia económica, pues la pregunta que se formula el juez sobre la concurrencia de la relación de causalidad se formula *ex post*, una vez ocurrido el evento y, en cambio, la doctrina normativa de la responsabilidad civil del *Law & Economics* pregunta *ex ante* sobre la regla más eficiente para prevenir accidentes. Entonces, la idea de causalidad parece incompatible o al menos extraña con la regla más eficiente, pues limita la responsabilidad del demandado cuyo comportamiento no fue materialmente causal en relación con los daños aunque, de hecho, fuera también quien mejor habría podido evitarlos.

La crítica es probablemente infundada, pues la aplicación estricta de la regla de la causalidad responsabilizaría a media humanidad de lo que le sucede a la otra media. Mas en todo caso y como se cuida de señalar el propio MICELI (1996), pág. 473, (y otros muchos antes que él: GRADY, (1984), LANDES/POSNER (1987), SHAVELL (1987 y 1998) y KAHAN (1989); después: Warren F. SCHWARTZ, (1998) pág. 559), no hay interferencia entre el eventual tamiz -en nuestra opinión, demasiado grueso- causal y la regla eficientista de Hand: ***responsabilizar al demandado exclusivamente por los daños derivados de no haberse ajustado al canon de diligencia y no por todos los que han ocurrido no modificará su comportamiento futuro, pues siempre le saldrá más a cuenta ajustar su comportamiento al canon de diligencia*** que resulta de la fórmula de Hand.

Un ejemplo aclarará lo anterior: si el canon establece que hay que alzar un muro de contención de 3 metros de altura y el demandado no lo hace, responderá por todos los daños que deriven de la inexistencia de un muro de esa altitud, pero no de los que sólo un muro de 6 metros habría evitado. Esta interpretación del principio causal no llevará al agente potencial de daños a dejar de adoptar la precaución debida que, por hipótesis, es erigir un muro de 3 metros, pero no más alto: el muro se ha de alzar hasta exactamente el centímetro 300 porque uno más costaría más euros que los accidentes que ese centímetro adicional ahorraría. En la práctica, los jueces no suelen realizar esta distinción.

9. Asalto a las ciudades de la responsabilidad objetiva

Cabe dar un paso más. Ya hemos visto cómo ningún sistema jurídico imputa responsabilidad a un agente social por simple causación de daños: la mayor parte de ellos introduce restricciones importantes que recogen, en el *Common Law*, la doctrina de la *Proximate Causation (causa próxima)* y en el *Civil Law*, las de la *objektive Zurechnungslehre (imputación objetiva)*.

Pero ni en uno ni en otro sistemas jurídicos se ha prestado demasiada atención al hecho de que ambas doctrinas son comunes a negligencia (*Negligence*) y a responsabilidad objetiva

(*Strict Liability*) y que, por lo tanto, esta última ya no puede definirse como una pura responsabilidad causal. Y si ello es así, como creemos, entonces gran parte del territorio de la responsabilidad objetiva pertenece a la negligencia. Ello supone reconducir la denominada responsabilidad objetiva, por pura causación de daños, a la negligencia: **no existe una distinción polar entre *Strict Liability* (SL) y *Negligence* (N)**. Antes bien, las reglas de responsabilidad se sitúan en un *continuum* que van desde la negligencia con consideración a las circunstancias personales del agente (culpa subjetiva) hasta la culpa objetiva, la responsabilidad objetiva –por pura causación de daños–, pero luego siguen más allá y alcanzan la (infrecuente, pero no inexistente) imputación arbitraria de responsabilidad a una persona o entidad que no tuvieron oportunidad alguna de reducir la probabilidad de que ocurriera el accidente: el caso del envenenamiento por aceite de colza, imputado *in extremis* a un funcionario de Aduanas, es un buen ejemplo de ello.

Si ello es así, la decisión básica sobre quién es agente potencial de daños es preeconómica (cfr. Robert COOTER, 1987, pág. 524) o, al menos, claramente normativa: deberá responder quien mejor pueda evitar el daño.

¿Hay desarrollos recientes del derecho de daños que manifiesten la imposibilidad de distinguir entre responsabilidad objetiva y negligencia? Parece que así es:

- a) El reconocimiento generalizado en el *Restatement of Torts (Third) Products Liability* de que el único criterio generalmente viable para identificar los defectos de diseño y en las advertencias e instrucciones es el de riesgo-utilidad, es decir, el de la negligencia. Una vieja ciudadela de la *Strict Liability* ha caído (Véase, James HENDERSON y Aaron TWERSKY, 1998).
- b) El reconocimiento doctrinal de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones por inactividad, es decir, por omisión es siempre por negligencia (Marcos GÓMEZ PUENTE, (1997), pág. 767). Otra ciudadela que cae: ¿cuántas quedan?

10. Accidentes imprevisibles (“*Freak and Coincidental Accidents*”) y causalidad adecuada

Como hemos dicho, las doctrinas de la causalidad próxima -en el *Common Law*- y de la causalidad adecuada –en el *Civil Law*- se usan para restringir el círculo de los agentes sociales obligados a responder por la causación de un daño y, en particular, suelen citarse en casos de **accidentes raros**, absolutamente infrecuentes o erráticos (*freakish*). Una razón que suele aducirse para excluir o limitar la responsabilidad del demandado es que ello no tiene consecuencias negativas en los incentivos de los posibles demandados, ya que, por hipótesis, el accidente es imposible de prever.

Mas en primer lugar y como han señalado KAPLOW y SHAVELL (*Economic Analysis of Law* (1999), pág. 11), no está nada claro que los tribunales puedan distinguir razonablemente los

accidentes imprevisibles de los previsibles; y, en segundo término, el tribunal puede disminuir o incrementar el grado de concreción de los detalles del accidente modificando así su previsibilidad: yendo al absurdo, cualquier accidente puede convertirse en único por el simple procedimiento de describirlo con todo lujo de detalles.

Obsérvese que la doctrina de la imprevisibilidad no puede hacerse descansar exclusivamente en la probabilidad subjetiva, es decir, en la percepción *ex ante* que el dañador tiene de las posibles consecuencias de sus actos. Como en todos los casos de causalidad adecuada hay que tener en cuenta la probabilidad objetiva y lo que le habría costado al causante de daños aproximar su estimación a esta última probabilidad: sólo los riesgos desmesuradamente costosos de anticipar y de prever deberían ser excluidos del ámbito de la responsabilidad.

Otra función de las doctrinas restrictivas de la relación de causalidad es limitar la responsabilidad en casos de accidentes que se producen por pura **coincidencia** (*Coincidental Accidents*), como cuando un autobús que viaja a velocidad excesiva e indebida es dañado o destruido por un árbol que cae sobre él en el preciso instante en que roza su sombra: permitir que los demandados escapen a toda responsabilidad por semejantes accidentes absolutamente azarosos no afectaría a sus precauciones y el incumplimiento de la regla sobre limitación de velocidad no incrementa el riesgo de daño.

Los casos de la jurisprudencia española reciente en los que podría llegar a plantearse cualquiera de las dos cuestiones que acabamos de analizar se resuelven en ocasiones con base en el criterio siguiente: el tribunal se hace una idea de la necesidad de que el actor sea indemnizado en alguna medida y luego limita o excluye la negligencia de los demandados o de alguno de ellos. Es relevante la presencia de un seguro. Así sucedió en el caso resuelto por la STS,^{1ª}, 8.10.1996 (Ar. 7059): en la madrugada del 23 de junio de 1988 un cortocircuito provocó un incendio en el taller textil de la demandada. El fuego se propagó a dos talleres vecinos, uno de pintura y otro de cerrajería, que sufrieron daños valorados en 145.623 euros, cuyos propietarios, los actores, reclamaron a la demandada, y a su compañía aseguradora. La empresa titular del taller textil carecía de licencia municipal de actividad y, por tanto, del correspondiente certificado técnico de seguridad. La demanda fue desestimada en primera instancia. Entonces, los actores recurrieron en apelación y la Audiencia provincial condenó a la demandada a pagar 12.183 euros. El TS revocó en parte la SAP, pues mantuvo la condena a la compañía aseguradora y absolvió a la propietaria del taller: “**La ausencia de causa**”, dijo el TS, “**impide atribuir responsabilidad por falta de culpa**” (F. J. 2). Es decir: se niega la causalidad cuando se quiere negar la negligencia, y viceversa.

STS, ^{1ª}, 19.7.1996 (Ar. 5654): el 12 de septiembre de 1987, hacia el atardecer, un tractor que remolcaba una voluminosa carga de paja subía por la calle de la Amargura de Santa Cristina de Valmadrigal, Valladolid, cuando, al poco de iniciar la cuesta, la paja rozó una línea de baja tensión que cruzaba la calle y cuyos cables habían perdido el aislante. Al contacto, saltó una chispa, la paja prendió, ardió toda la carga, algunas pavesas volaron, llevadas por el calor y el viento, hasta la ventana abierta de una casa vecina, , ardió una cortina y con ella toda la casa. Sus propietarios demandaron 105.857 euros al conductor del tractor, a su propietario, **al que lo había sido del remolque**, así como a “Electromolinera de Valladolid” que explotaba la línea eléctrica. La sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar a los actores una indemnización de 59.748 euros. En apelación, la Audiencia mantuvo la condena, pero **absolvió al**

propietario del remolque pues entendió “que era excesivo atribuir una responsabilidad *in vigilando* al propietario de un vehículo de por sí inmóvil”. A su vez y en casación, el Tribunal Supremo absolvió a los demandados del pago de las costas, pero no modificó la condena indemnizatoria.

STS, 1ª, 16.2.1998 (Ar. 985): la mañana del 7 de enero de 1991 unos vecinos, alarmados, entraron en la vivienda de Salomé y Asunción y las encontraron exánimes, tendidas sobre el suelo de su vivienda. El calor era agobiante, pues puertas y ventanas estaban herméticamente cerradas y los mecheros de su calefacción de gas estaban encendidos. Las dos mujeres fallecieron poco después tras ser ingresadas en el Hospital de Basurto de Bilbao. Unos familiares de las víctimas demandaron entonces a la Fábrica Municipal de Gas y al Ayuntamiento de Bilbao. Meses antes del accidente, sus víctimas habían cambiado las viejas ventanas de su vivienda por otras de cierre hermético. En el proceso se probó que la instalación de gas era defectuosa y que no se había revisado desde hacía tres años. La primera instancia desestimó la demanda por “falta de prueba de la relación de causalidad”. En apelación, el recurso de los actores fue estimado y la Audiencia condenó a los demandados a pagar una indemnización de 60.101 euros. El Tribunal Supremo rebajaría luego la condena a 42.071 euros, “**habida cuenta que la conducta de las víctimas contribuyó a causar el accidente**” (F. J. 5).

11. Bibliografía

BEN SHAHAR, Omri (2000), “Causation and Forseeability”, en BOUCKAERT, BOUDEWIJN Y DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 644-668.

BUCKLAND, James (1935), *Duty to Take Care*, 51 Law Quarterly Review 637.

CALABRESI, Guido (1975), *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven, Jr.*, 43 University of Chicago Law Review 69.

COOTER, Robert (1989), *Torts as the union of liberty and efficiency: An essay on causation*, 63 Chicago-Kent Law Review 523.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas (1996), *Law and Economics*, 2nd edition, Reading Massachussets, Adisson—Wesley.

DÍEZ, José Antonio y MOULINES, Carlos Ulises (1997), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, Ariel.

FLEMING, John G. (1998), *The Law of Torts*, 9th edition, Sidney, Law Book Company.

FRANKLIN, Marc A. y RABIN, Robert L. (1987), *Tort Law and Alternatives*, 2nd edition, New York, Foundation Press.

FUMERTON, Richard y KRESS, Ken (2001), *Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency, and Causal Sufficiency*, 64 Law & Contemporary Problems 83.

GÓMEZ PUENTE, Marcos (1997), *La inactividad de la Administración*, Pamplona, Aranzadi.

GRADY, Marck (1984), *Proximate Cause and the Law of Negligence*, 69 Iowa Law Review 363.

HART, Herbert L.A. y HONORÉ (1959), *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford.

HART, Herbert L.A. y HONORÉ (1985), *Causation in the Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford.

HENDERSON, James y TWERSKY, Aaron (1998), *Symposium on the American Law Institute: Process, Partisanship and the Restatement of Law: The Politics of the Products Liability Restatement*, 26 Hofstra Law Review 667.

JAKOBS, Günther (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2 Auflage, Berlin, New York, De Gruyter.

La imputación objetiva en Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1996.

KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven (1999), *Economic Analysis of Law*, February 1999. (<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/99030205.pdf?abstractid=150860>).

KAYE, David (1982), *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, American Bar Foundation Research Journal, 487-516.

KORNHAUSER, Lewis A. y REVESZ, Richard L. (1998), "Join and Several Liability", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, New York, Stockton Press.

KORNHAUSER, Lewis A. y REVESZ, Richard L. (2000), "Joint Tortfeasors", en BOUCKAERT, BOUDEWIJN Y DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 625-643.

LANDES, William y POSNER, Richard (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press.

LEVMORE, Saul (1990), *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 Journal of Legal Studies, 691-726.

MICELI, Thomas (1997), *Economics of the Law*, New York, Oxford University Press.

MICELI, Thomas (1996), *Causa in fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence*, 16 International Review of Law and Economics 473.

MOSTERÍN, Jesús (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2ª edición, Madrid, Alianza Universidad.

PORAT, Ariel y STEIN, Alex (1997), *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 Cardozo Law Review 1891.

PROSSER, William Lloyd y KEATON, W. Page (1984), *Prosser and Keaton on the Law of Torts*, 5th ed., West Group, St. Paul.

SALVADOR, Pablo *et alii* (2002), "Respondeat Superior I", *Indret 2/2002* (www.indret.com).

SCHWARTZ, Warren F. (1998), "Legal Standards of Care", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, New York, Stockton Press.

SHAVELL, Steven (1998), "Causation", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, I, New York, Stockton Press.

SHAVELL, Steven (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, London, Harvard University Press.

SHAVELL, Steven (1999): V. KAPLOW

VISCUSI, W. Kip (1992), *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, New York, Oxford University Press.

VISCUSI, W. Kip (1996), *Regulating the Regulators*, 63 The University of Chicago Law Review (1996), 1423.

WRIGHT, Richard W. (1985), *Causation in Tort Law*, 73 California Law Review 1735.

WRIGHT, Richard W. (1988), *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa Law Review 1001.

12. Tabla de Sentencias**Tribunal Supremo**

Sala y fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
1ª, 22.10.1992	8399	Rafael Casares Córdoba	Ricardo V. C. José O. y “Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA”
1ª, 19.7.1996	5654	Eduardo Fernández-Cid	Benito R. y otros c. Juan Antonio L., Guillermo L., “Electromolinera de Valmadrigal, SL” y “Winterthur, SA”
1ª, 8.10.1996	7059	Alfonso Barcalá	“Guardian Assurance, SA” c. Carmen B. y “Mare Nostrum, SA”
1ª, 8.3.1997	2482	Luis Martínez-Calcerrada	José M. y Marcelina S. c. Ayuntamiento de Medina de Pomar
1ª, 1.4.1997	2724	Pedro González Poveda	Ángel M. c. Jaime R. y “La Caixa”
1ª, 16.2.1998	985	Antonio Gullón Ballesteros	Amaya y Javier B. c. “Fábrica Municipal de gas de Bilbao, SA” y Antonio M.
1ª, 12.3.1998	1286	Luis Martínez-Calcerrada	Juan T. Y Carmen Ch. c. Diego R.
1ª, 8.10.1998	7559	Eduardo Fernández-Cid	Inés S. c. Antonio A., “Antonio Aragonés, SA” y “La Unión y el Fénix, SA”
1ª, 21.11.1998	8817	Alfonso Barcalá	María del Rosario F. c. Comunidad de propietarios del edificio Nautilus y “Mapfre, SA”
1ª, 18.3.1999	1658	Alfonso Barcalá	José Javier V. c. « ETUK, SA »
1ª, 2.3.2000	1304	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Manuela G. c. RENFE
1ª, 28.3.2000	2110	Luis Martínez-Calcerrada	Rosario Z. y Adolfinia Z. c. “Banco Central Hispano Americano, SA”
1ª, 26.6.2000	5306	José Almagro Nosete	Ana E., Carmen J., Diego J. y Manuela J. c. “Peña Cultural Flamenca de Jodar” y Cristóbal B.
1ª, 23.2.2001	2549	Francisco Marín Castán	“Telefónica de España, SA” c. Antonio L., Manuel M. y Feliciano F.
1ª, 7.5.2001	7376	Román García Varela	Salvadora A. c. Mauricio A. y Matilde P.
1ª, 12.6.2001	5680	Antonio Romero	Bonifacio D-M, Teresa D-M y Antonio D-M c. Magdalena S., Manuel C. y RENFE
1ª, 27.9.2001	7129	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Montserrat F. c. Pascal G., “Compañía Aseguradora Mapfre” y Cristina R.
1ª, 15.10.2001	8800	Xavier O’Callaghan	María Gema C. c. “Colegio Los Pueyos, SAL”, Angelines S., Ministerio de Educación y Ciencia, José L., Gregorio C., Carlos G., Elena G. y “Catalana Occidente”
1ª, 17.10.2001	8639	Jesús Corbal	José A. c. “Asociación Deportiva Cultural Lur”, Santiago L. y “Compañía de Seguros y Reaseguros Hermes, SA”

1ª, 13.3.2002	1890	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Carmen M. c. "Hospederías Españolas de San Zoilo, SA" y "Mapfre Industrial"
2ª, 23.4.1992	6783	Enrique Bacigalupo	Afectados del Síndrome Tóxico c. RAPSA y RAELCA
2ª, 26.9.1997	6366	Gregorio García Ancos	Afectados del Síndrome Tóxico c. Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P.
2ª, 29.5.2001	4575	José Antonio Martín Pallín	Francisca E. c. Fernando Alejandro G.
3ª, 20.10.1997	7254	Juan José González Rivas	Afectados por el desmoronamiento de la Presa de Tous c. Administración General del Estado
3ª, 16.12.1997	9422	Juan Antonio Xiol	Ana María S. c. Administración General del Estado
3ª, 7.2.1998	1444	Jesús Ernesto Peces	Cooperativa Andaluza de Trabajo Asociado c. Junta de Andalucía
3ª, 21.4.1998	4045	Juan Antonio Xiol	Francisco Ch. c. Administración General del Estado
3ª, 5.6.1998	5169	José Manuel Sieira	María de los Ángeles R., María de los Ángeles A. y Ricardo A. c. Aeropuertos Nacionales
3ª, 14.7.1998	5754	Juan Manuel Sanz	María Isabel E. y Jesús L. c. Ayuntamiento de Castellón de la Plana
3ª, 26.9.1998	6836	Francisco José Hernando	Emilia F. y Tomás Y. c. Comunidad Autónoma de Canarias
3ª, 29.10.1998	8421	José Manuel Sieira	Herminia P. c. Ayuntamiento de Suances
3ª, 13.4.1999	4515	Pedro Antonio Mateos	Araceli R. c. Ayuntamiento de Gijón
3ª, 29.9.1999	8314	Francisco González Navarro	David G. c. Junta de Galicia
3ª, 18.2.2000	9079	Enrique Lecumberri	María Antonia L. c. Ayuntamiento de Valencia
3ª, 30.3.2000	4052	José Manuel Sieira	«Royal Insurance, PLC» y otras compañías aseguradoras c. Comunidad de Madrid
3ª, 25.5.2000	6278	José Manuel Sieira	Francisco D. c. Administración General del Estado
3ª, 26.10.2000	9378	José Manuel Sieira	Silvia B. c. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife
3ª, 17.5.2001	4146	Jesús Ernesto Peces Morate	Graciela C. c. Ayuntamiento de Vigo
3ª, 9.10.2001	10077	Francisco González Navarro	María Clara A. c. Junta de Galicia

Audiencia Nacional

Fecha	Referencia	Magistrado ponente	Partes
30.5.2001	Ar. 1236	Juan Carlos Fernández de Aguirre	Argensola G., Felipe C., Beatriz C. y María de los Ángeles C. c. Administración General del Estado
20.3.2002	La Ley 4793	Lourdes Sanz Calvo	Ana María B, Miguel Ángel G y Patricia G. c. Administración General del Estado