

# InDret

REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

[WWW.INDRET.COM](http://WWW.INDRET.COM)

## El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español

### Encarna Roca Trias

Magistrada del Tribunal Supremo

### *Abstract*

*Este trabajo analiza la evolución de la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo relativa a los criterios de imputación de responsabilidad civil, haciendo especial referencia al papel del “riesgo”. El estudio de la doctrina del Alto Tribunal muestra evolución en vaivén, puesto que si bien a partir de principios del siglo XX existe una clara tendencia en convertir la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva, en la actualidad se está produciendo una vuelta al criterio de imputación por “culpa”, es decir, se vuelve a la interpretación genuina del artículo 1902 CC huyendo, de este modo, de criterios objetivadores.*

*This paper focuses on the evolution of tort liability in Spanish Supreme Court case law with a special emphasis on the role of “risk”. The analysis shows first a move from negligence to strict liability and, more recently, a shift back to negligence. In other words, we are experiencing the come back of the genuine interpretation of section 1902 of the Spanish Civil code.*

*Title:* Risk creation as a standard of liability in the Spanish Supreme Court doctrine

*Palabras Clave:* responsabilidad civil, responsabilidad por riesgo, responsabilidad objetiva, responsabilidad por culpa

*Keywords:* Tort Liability, Risk creation as a Standard of Liability, Strict Liability, Negligence

### *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. Los criterios de imputación**
- 3. Las excepciones**
- 4. Los casos difíciles**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**
- 7. Tabla de Sentencias**

## 1. Introducción

La problemática que se ha generado doctrinalmente en torno a la determinación de las razones por las que el daño sufrido por una persona puede ser imputado a otras ha venido preocupando a los juristas teóricos y prácticos casi desde la entrada en vigor de los Códigos civiles que, además, coincidió en gran parte con el desarrollo industrial mundial que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XIX. No se nos escapan los supuestos de hecho: las dificultades de prueba en los casos de accidentes laborales en los que el trabajador no tenía armas de defensa frente al empresario, quien en muchas ocasiones, tampoco había causado el accidente en el sentido exigido en las disposiciones de los diversos Códigos civiles; los daños ocasionados por el desarrollo industrial, como ocurría con los rudimentarios trenes, que planteaban la cuestión de si el daño ocasionado por las chispas en las cosechas de los propietarios adyacentes a las vías había de ser soportado por el propietario de la cosecha o por la compañía del ferrocarril. Los casos se multiplican y están en la mente de todos, de modo que el propio Código civil español, más moderno en este punto que el francés por haberse promulgado ochenta y cinco años más tarde, en 1889, ya previó en el artículo 1908 la responsabilidad del propietario por “la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado”, por “los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades” y por “las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”. Además, una ley de 1900 estableció una clara responsabilidad objetiva de los patronos por los accidentes que sufriesen los trabajadores en la realización de los trabajos que les estaban encomendados, normas que habrían de irse completando a lo largo del siglo XX, con la introducción de responsabilidades de tipo objetivo en la conducción de vehículos, la utilización de energías peligrosas, el daño ocasionado por productos, o el ocasionado al medio ambiente.

No es este, sin embargo, el objetivo del trabajo, sino examinar cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a instancias de las demandas sociales y todo ello a partir del escueto texto del artículo 1902 CC, que establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. El estudio de la doctrina del Tribunal Supremo muestra evolución en vaivén, puesto que si bien a partir de principios del siglo XX existe una clara tendencia en convertir la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva, al considerar que un criterio de este tipo resulta más protector de las víctimas, que presenta su punto álgido en la jurisprudencia de los años 90 y sobre todo, en lo que se refiere a la imputación de los accidentes de trabajo, en la actualidad se está produciendo una vuelta al criterio de imputación por “culpa”, es decir, se vuelve a la interpretación genuina del artículo 1902 CC huyendo de criterios objetivadores.

Veamos el ejemplo de los accidentes de trabajo. El ejemplo claro de que la doctrina jurisprudencial española partía del principio de la protección de las víctimas lo encontramos en la discutida STS, 1ª, 8.11.1990 (RJ 1990\8534), pronunciada en el denominada “Caso Persán”. Una trabajadora de una empresa textil contrajo una enfermedad pulmonar como consecuencia del

producto utilizado en su trabajo; se probó la relación de causalidad entre la enfermedad y la actividad laboral de la víctima, pero no se probó la culpa de los responsables de la empresa. La solución del Tribunal Supremo fue considerar que el empresario era responsable del daño y utilizó el siguiente razonamiento:

“es de mantener el concepto moderno de la culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también una conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada”.

En esta sentencia se está imputando la responsabilidad por el riesgo de la actividad empresarial y se utiliza un argumento que pretende mantener un equilibrio entre la conservación de la culpa como criterio de imputación, cambiando el propio concepto de culpa. Esto se justifica con la utilización de la frase “concepto moderno de la culpa”, es decir, sin prueba de la negligencia. Esta sentencia esconde, por tanto, una imputación por riesgo de empresa, con la técnica de cambiar el concepto esencial de imputación, es decir, la culpa.

Frente a esta sentencia, se puede aportar la STS, 1ª, 24.07.2008 (RJ 2008\6285). Se trata también de un accidente laboral producido por haber volcado el tractor con el que la víctima trabajaba para arrancar unos troncos de un paraje montañoso. La sentencia rechaza el recurso de la viuda de la víctima, por falta de relación de causalidad y niega que el puro riesgo sea criterio de imputación para atribuir el daño. Así dice:

“[...] el riesgo actúa como criterio de imputación objetiva, asociado a la causalidad jurídica, cuando resulta relevante para la producción del daño”, porque “[...] no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces o insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a una responsabilidad objetiva pura o por daño [...]”. En el mismo sentido, la STS, 1ª, 19 febrero 2009.

La STS, 1ª, 14.02.2005 (RJ 2006\62) resume estas tendencias y señala que existen bastantes resoluciones que han aplicado “criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario” por accidentes de trabajo, pero que “frente a esta línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias, que rechaza muy decididamente la aplicabilidad a este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario”. Esta sentencia pone de relieve que la segunda tendencia, que la propia sentencia describe y de la que es absolutamente significativa la citada STS, 1ª, 24.07.2008, no está aun absolutamente consolidada en la última doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo, pero cada vez hay un mayor número de sentencias que vienen utilizando estos razonamientos desde 2005.

La conclusión primera, pues, será que debe regir el principio de que cada uno debe soportar sus propios daños, a no ser que existan razones jurídicas para atribuirlos a otro sujeto. Lo que lleva

inexorablemente a examinar qué criterios jurídicos existen para efectuar legítimamente esta imputación.

## 2. Los criterios de imputación

Fundamentalmente, la doctrina utiliza dos criterios para atribuir a un sujeto distinto de la víctima el daño sufrido por ésta: la culpa, a la que se acompaña la negligencia y el criterio de la actividad desplegada. Entre estos se coloca el riesgo.

- La culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil. Ya se ha reproducido el artículo 1902 CC, pero ocurre lo mismo en el artículo 1382 CC francés y en el artículo 2043 del CC italiano. Ello significa que la ley obliga a una persona a asumir el daño causado a otra porque la actuación del primero no se ajustaba a los estándares de conducta aceptados en el ámbito en el que se ha producido el daño y en consecuencia, no debe ser soportada por la víctima.
- Por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. El ejemplo más claro en los actuales sistemas de responsabilidad lo constituye el daño causado por la conducción de vehículos automóviles.

Esta dualidad de criterios puede apreciarse en los textos europeos dirigidos a la unificación de las reglas en materia de responsabilidad extracontractual, entre ellos los denominados Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. La norma definidora de los criterios de imputación se encuentra en el artículo 1:101, que establece lo siguiente: “norma de base. (1) Toda persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo”. Y se añade que en particular, este daño puede ser imputado a una persona “(2) a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuyas actividades anormalmente peligrosas lo hayan causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”.

Esta propuesta debe ser completada por la del art 5:101, que define lo que los *Principios* entienden por actividades anormalmente peligrosas:

Si “a) crea un riesgo previsible y significativo del daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común”.

De acuerdo con estas propuestas, existen dos criterios de imputación: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva por el desarrollo de actividades anormalmente peligrosas, es decir, la responsabilidad objetiva. O si se quiere, como luego se verá, la responsabilidad por riesgo en aquellos excepcionales supuestos admitidos por la reciente jurisprudencia española.

Pero es hora ya de que definamos qué debe entenderse por riesgo a los efectos de su consideración como criterio de imputación. DIEZ PICAZO señala que la doctrina francesa esboza este sistema a raíz del tratamiento de los accidentes de trabajo; dice este autor que “la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa”. Hasta aquí la cita, aunque en definitiva, se trata de la aplicación de la fórmula *cuius commodum, eius incommodum*, que ha sido utilizada por la jurisprudencia española en bastantes casos para justificar la atribución de la obligación de responder. Como ejemplo puede señalarse la STS, 1ª, 7.04.1997, que atribuyó dicha obligación a los propietarios de una mina, que habían venido contaminando las propiedades vecinas, con el consiguiente deterioro de las cosechas.

Sin embargo, dejando al margen cualquier definición jurisprudencial de lo que sea el riesgo que genera un criterio de imputación que obliga a responder, la conclusión que parece más clara en el actual momento jurisprudencial la podemos encontrar en la STS, 1ª, 23.07.2008 (RJ 2008\5509), en el caso de una muerte de un joven producida en una piscina cerrada de un hotel, en la que entró a bañarse por la escalera de incendios, mientras estaba cerrada por estar fuera del horario. En esta sentencia se señala de una forma muy clara, que luego examinaré con mayor profundidad que

“la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903” y que “[...] la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal”.

Esta última sentencia resulta útil para explicar un problema que a veces aparece mal tratado en la doctrina y también en la jurisprudencia española, cual es la distinción entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por riesgo. A tal efecto, es significativa la STS, 1ª, 17.10.2001 (RJ 2001\8639), que negó la indemnización en un fallecimiento producido en un accidente de *rafting*. En esta sentencia se combina el concepto de riesgo con el de la asunción de los riesgos por parte de quien practica un deporte de este tipo; se señala que

“[...] tampoco se aprecia responsabilidad desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetivo, pues si la generación de determinados riesgos puede acarrear la responsabilidad civil por daño, en el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (como dice la Sentencia recurrida el «rafting» es una actividad deportiva consistente en el deslizamiento mediante bote neumático por aguas bravas que debe calificarse de peligrosa, porque tiene para los participantes un indudable riesgo de vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas), pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. Esta conclusión responde al criterio que viene siguiendo en concreto esta Sala en relación con supuestos similares. Y aunque no son muchas las resoluciones en materia de

accidentes con ocasión de prácticas deportivas, cabe señalar por su semejanza casuística las STS de 22.10.1992 (lesiones sufridas con ocasión de juego de pelota a pala), 20.03.1996 (accidente practicando el esquí), 20.05.1996 (colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano) y 14.04.1999 (accidente en curso de aprendizaje de parapente).”

En definitiva, como luego veremos, la jurisprudencia española rechaza que se alegue por sistema la responsabilidad denominada *quasi-objetiva* o responsabilidad por riesgo, que en algunos ordenamientos se equipara a la responsabilidad objetiva, como fuente generadora de la obligación de responder. La diferencia es esencial: en la responsabilidad objetiva se responde por el resultado producido por la práctica de una actividad intrínsecamente peligrosa, pero aceptada socialmente, hasta el punto que no puede excluirse sin grave peligro de la economía general. Piénsese en el caso de las energías nucleares o la conducción de vehículos a motor. En estos casos, la ley permite la actividad, pero imputa a quien está habilitado para ello el resultado dañoso producido por la misma: el accidente de automóvil o el accidente nuclear y es por ello que obliga al aseguramiento. Sin embargo, en los casos en que se está intentado obtener una indemnización por el daño ocasionado por una llamada actividad de riesgo, ello resulta más sutil. Tomemos como ejemplo la actividad del descenso de torrentes o *rafting*, para ilustrar los argumentos de la discusión. En principio, esta actividad no es necesaria para el desarrollo económico ni cultural de un país, ni de un determinado sector; se trata de un deporte cuya peligrosidad es de sobras conocida por quien lo practica, de modo que dicho practicante asume el riesgo de realizarlo. La pregunta es obvia: ¿debe ser del mismo nivel la protección que debe proporcionarse al ciudadano en la utilización de las energías peligrosas que la de quien practica un deporte conocidamente peligroso solo por su placer personal? Parece que la respuesta negativa es bastante clara. Y es por ello que el Tribunal Supremo ha rechazado en la mayor parte de los casos en los que se ha planteado la utilización de este criterio para imputar la responsabilidad cuando se trata de un caso de simple riesgo, para evitar equiparar los casos de responsabilidad objetiva o *strict liability* a los casos de riesgo. Sin embargo, debe advertirse también que el Tribunal Supremo ha utilizado en algunos casos que se verán dicho criterio como complementario, aunque de forma muy restrictiva.

La conclusión, sin embargo, es que el Tribunal Supremo ha negado reiteradamente que el riesgo pueda utilizarse sin más como criterio de imputación que genera la obligación de indemnizar y ello porque no existe ningún principio jurídico que establezca la responsabilidad por riesgo, a salvo de los casos excepcionales y aquellos previstos por la ley.

Ahora bien, existen supuestos límite en los que el Tribunal Supremo no ha tomado, en general, una postura tan absolutamente clara, porque la línea que lo separa de los anteriores criterios de imputación es muy fina y sutil. Se trata de lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva cualificada, que consiste en aquella situación en la que concurre o se produce una valoración objetiva de una cosa o servicio de conformidad con lo que el usuario tiene derecho a esperar. Se puede poner un ejemplo a los efectos de la clarificación de esta categoría: los suelos de los establecimientos abiertos al público deben estar limpios para evitar caídas; si esta obligación se incumple y se produce un accidente, ¿existe siempre la obligación de indemnizar? ¿O deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso, de modo que el daño ocasionado por algunas

caídas deberá ser asumido por la propia víctima, según el principio enunciado al inicio de este trabajo? Veamos lo que está diciendo el Tribunal Supremo en las sentencias más recientes.

1. La STS, 1ª, 22.02.2007 (RJ 2007\1520) examinó el caso siguiente: una mujer resbaló en el suelo mojado de un supermercado, produciéndose lesiones que requirieron diversas intervenciones quirúrgicas en una pierna. El suelo estaba mojado debido a la lluvia. La víctima de la caída recurrió en casación al no haberse estimado su demanda en los tribunales inferiores, recurso que fue rechazado por el Tribunal Supremo. La sentencia que ahora se examina utiliza tres tipos de argumentos para negar la responsabilidad del propietario del supermercado:

- En primer lugar señala que el Tribunal Supremo “no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC”. Hasta aquí la sentencia no hace más que utilizar los argumentos ya señalados en el examen de sentencias anteriores, aunque para acabar de reforzarlo, añade que “es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva”. El riesgo, por tanto, como criterio de imputación no es una regla general.
- En un segundo grupo de argumentos, la sentencia que ahora se examina dice que el propio Tribunal Supremo ha venido estimando la existencia de responsabilidad de propietarios o titulares de negocios comerciales, de hostelería, de ocio, etc., cuando “es posible identificar un criterio de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de las medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles” y señala como ejemplos la caída en una escalera por no existir pasamanos (STS, 1ª, 21.12.1997), la caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraban en adecuadas condiciones (STS, 1ª, 10.12.2004), la caída en una zona recién fregada y no bien delimitada (STS, 1ª, 20.06.2003), etc. Es decir, que lo que aquí se ha denominado responsabilidad objetiva cualificada se utilizará como criterio de imputación cuando haya concurrido una negligencia por parte de quien estaba obligado a evitar el riesgo. En consecuencia, es la propia negligencia la que se utiliza como criterio de imputación, no el riesgo.
- Ello se confirma en el propio razonamiento, porque añade la sentencia que no existe responsabilidad en aquellos casos en que “la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima”. Y así no hay responsabilidad cuando se ha producido una caída en la calle de una persona que tropezó con una manga de riego manejada por operarios con prendas identificables y que no producía un riesgo extraordinario (STS, 1ª, 2.03.2006); o bien la caída en una exposición de muebles por tropiezo en un escalón de separación perfectamente visible (STS, 1ª, 31.10.2006). Consecuencia de estos razonamientos, no podía imputarse al propietario del supermercado donde se produjo la caída enjuiciada



por la sentencia de 22 febrero 2007 porque los materiales de la entrada eran adecuados, de modo que la sentencia recurrida

“[...] aplica correctamente a los hechos que declara probados un criterio de imputación causal que implica poner a cargo de quienes lo sufren aquel daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano en la generalidad de los casos, según la regla *id quod plerumque accidit* [...]. Para ello tiene en cuenta que el estado húmedo o mojado del suelo del establecimiento próximo a la entrada como consecuencia de la lluvia constituye un acontecimiento previsible por parte de los clientes, que deben tomar las medidas de precaución adecuadas para evitar las caídas. El criterio de imputación utilizado, este sí revisable en casación, constituye una aplicación razonable del criterio de asunción del riesgo fundado en la jurisprudencia de esta Sala sobre la asunción de los riesgos ordinarios o generales de la vida, aplicado en casos similares en las sentencias que se han citado”.

2. La segunda sentencia que se va a examinar es la STS, 1ª, 30.05.2007 (RJ 2007\4338). Se trataba también de una caída en las escaleras de un supermercado que estaba algo sucio, pero, según los hechos probados en la sentencia, no lo suficiente. La sentencia, que no utiliza la misma batería de argumentos que la anteriormente analizada, llega, sin embargo, a las mismas conclusiones en base a los razonamientos que se reproducen a continuación:

“[...] si el accidente ocurre y este causa un daño, surgirá, ciertamente, la responsabilidad de las personas que tenían la obligación de proporcionar a los usuarios del supermercado las debidas condiciones de seguridad, acreditando el demandante la omisión de diligencia exigible por parte de los responsables del establecimiento cuyo empleo hubiese evitado el daño, acorde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, según previene el art. 1.104 del CC, teniendo en cuenta que el hecho de regentar un negocio abierto al público, no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo, y que, aunque así fuera, la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 del Código civil (SSTS, 1ª, 11.09.2006 y 22.02.2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados [...]”.

Ciertamente, los argumentos son los mismos: a) si el accidente ha ocurrido por la negligencia del propietario, surgirá la obligación de indemnizar; b) el riesgo no se genera por el hecho de tener un establecimiento abierto al público.

3. Finalmente, en este apartado, voy a referirme a la STS, 1ª, 28.07.2008 (RJ 2008\7253), referida a un accidente de metro ocurrido al intentar un pasajero tomar el tren cuando éste, ya en marcha, había entrado en el túnel. Allí se señala que aunque el transporte por ferrocarril

“supone una actividad generadora de riesgo lesivo”, [...] tal apreciación, y la consiguiente aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que puedan ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con las consecuencias dañosas para las personas o cosas, en una posición procesal más gravosa en el ánimo probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico” lo que facilita las reclamaciones de las víctimas. Sin embargo se añade que “la aplicabilidad de la teoría del riesgo (*rectius*, responsabilidad por riesgo) a los accidentes derivados del funcionamiento del ferrocarril *no implica una conclusión de responsabilidad puramente objetiva, o por el resultado*, con exigencia exclusiva del

factor de causalidad física o material, cuya hipótesis sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico en los contados casos en que hay un precepto legal que expresamente lo establezca”.

### 3. Las excepciones

De todo lo anterior se debe llegar a la conclusión de que en la moderna jurisprudencia española, la regla general no es la utilización del riesgo como criterio de imputación, aunque ciertamente vamos ahora a examinar algunos supuestos en los que se entiende que dicha imputación se produce. Se trata de los cuatro casos que se han admitido como tales, aunque ya adelantado que en ninguno de estos casos se llega a la conclusión que inicialmente se pretende deducir. Se trata de los supuestos de *actividades intrínsecamente peligrosas*; las *actividades empresariales*; la *desigualdad de las partes ante el mismo riesgo*, y los *bienes especialmente vulnerables*. Vamos a examinarlas más detenidamente.

a) *Las actividades intrínsecamente peligrosas*. Se dice que en estos casos se imputa la responsabilidad por razón del riesgo creado por quien realiza aquella conducta y el ejemplo más común es el del automóvil. La conducción de un vehículo es una actividad generadora de un riesgo, lo mismo que había dicho claramente la sentencia reproducida en el apartado anterior, relativa a los ferrocarriles. Sin embargo, en estos casos nos hallamos claramente ante una responsabilidad de tipo objetivo, en la que el criterio de imputación se halla establecido expresamente en la normativa reguladora de la actividad. Así y por no citar más que un ejemplo, el artículo 45.1 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, Reguladora de la Energía Nuclear, establece que quien explota una instalación nuclear será responsable de los daños que se produzcan y añade que “esta responsabilidad será objetiva”; asimismo, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, señala que “el conductor de vehículos a motor es responsable en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”, que sólo se exonera cuando se pruebe que “los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo”.

b) *Las actividades empresariales*. Este es un criterio de imputación autónomo que se quiere hacer coincidir con el riesgo de la empresa y que por regla general se encuentra en el artículo 1903 CC, cuando provenga de la actividad desarrollada por los empleados, así como en el artículo 120 CP, al establecer la responsabilidad civil subsidiaria por delito cometido por aquella persona que el empresario tiene bajo sus órdenes. Porque en los demás casos, deberá el empresario ajustarse a las reglas que rigen la actividad. Por tanto, en este caso tampoco nos encontramos con reglas referidas al riesgo, sino con normas específicas relativas a la forma específica de responsabilidad del empresario, que fuera de los casos previstos en la ley, responderá en virtud del artículo 1902 CC.

c) *La desigualdad de las partes ante el mismo riesgo*. Se trata fundamentalmente de los casos de responsabilidad del empresario por accidentes laborales. Se dice que en este caso el empleador

responde por el riesgo creado por la actividad desarrollada y que esta es la forma adecuada y equitativa, de acuerdo con las posiciones mantenidas en la relación laboral. Según la legislación laboral, el trabajador afectado por un accidente laboral puede reclamar las prestaciones de la seguridad social, el recargo establecido en el artículo 123 LGSS, las mejoras que se hayan pactado en el correspondiente convenio colectivo o el específico contrato. Además, puede reclamar una indemnización en virtud del artículo 1902 CC y del artículo 109 CP, caso que el accidente provenga de un delito o falta del empresario. Dejando ahora de lado los problemas que presenta la coordinación de ambas indemnizaciones, lo que interesa aquí es qué naturaleza se atribuye a esta responsabilidad que la ley impone al empresario cuando el accidente deriva del incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. La jurisprudencia civil ha sido propensa a considerar que nos hallamos ante una responsabilidad objetiva, aunque lo cierto es que se confunde en este caso la expresión con la de responsabilidad por riesgo. Largo sería ahora examinar la lista de casos y las diferentes soluciones que la Sala 1ª ha ido atribuyendo a este problema, pero lo que debe señalarse es que, en primer lugar, nos hallamos ante una responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, el laboral, que según lo establecido en el artículo 154 LGSS origina también la obligación de indemnizar (STS, 1ª, 15.01.2008); por ello, en este caso no nos hallamos ni ante una responsabilidad objetiva ni una responsabilidad por riesgo, sino claramente ante el incumplimiento del contrato al no haberse respetado las normas sobre seguridad e higiene que forman parte de su contenido, según la propia normativa. En todo caso, el criterio de imputación al empresario que ha producido el accidente como consecuencia de su conducta tendrá lugar por el criterio de la culpa.

d) *Bienes especialmente vulnerables*. Se dice también que el criterio de imputación sobre la base del riesgo se aplica cuando se trata de proteger bienes especialmente vulnerables, como podría ser el medio ambiente. Efectivamente, el Tribunal Supremo lo ha aplicado a supuestos de contaminación, como ocurre, por ejemplo, en la STS, 1ª, 7.04.1997, ya citada.

De todo lo dicho debe deducirse que, o bien en los grupos de casos enumerados, se ha acabado en una responsabilidad de tipo objetivo, por disposición legal, o bien se va a responder por el criterio de la culpa y no por el riesgo, de modo que no parece que en este momento de la historia de la responsabilidad civil tenga ninguna utilidad hablar del riesgo como nuevo e independiente criterio de imputación. La única responsabilidad que mantiene un criterio de imputación un tanto complejo de explicar, es la del empresario por el hecho de sus empleados, regulada en el artículo 1903 CC; sin embargo, tampoco en este caso es útil hablar de riesgo.

De todos modos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido afirmando en los últimos años que el riesgo no puede ser considerado como regla general de imputación, señala tres excepciones a esta regla, que son los riesgos extraordinarios, el daño desproporcionado y la falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a ello; en estos casos se invierte la carga de la prueba. La regla general queda expresada en la STS, 1ª, 22.02.2007 (RJ 2007\1520) donde, después de afirmar que la jurisprudencia no ha aceptado el riesgo como criterio de imputación, señala que la jurisprudencia “no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o

una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole”, doctrina que se reitera en la STS, 1ª, 23.05.2007. En aplicación de este criterio, la STS, 1ª, 28.02.2008 (RJ 2008\1703) declaró responsable a la RENFE de la muerte de un peatón al ser arrollado por un tren al atravesar la vía, señalando que de las fotografías se deducía la “alta peligrosidad que para los peatones que tengan que atravesar la vía supone el estado del paso a nivel” porque no existía ninguna advertencia, además de la estructura del propio paso. Por ello

“El consentimiento en mantener dicha situación de peligrosidad durante largo tiempo integra de por sí la situación de riesgo generadora de culpa (STS, 1ª, 25.04.2002) que da lugar a la responsabilidad, que ciertamente no es de carácter objetivo pero, a través del expediente de la inversión de la carga probatoria, únicamente ha de ceder ante la completa prueba sobre una culpabilidad exclusiva de la víctima, que aquí no se ha producido y que desde luego no puede derivarse del hecho de que el ferrocarril siga un trazado inamovible a través de la vía por la que circula”.

Línea que mantiene también la STS, 1ª, 17.05.2007 (RJ 2007\4006), que en un accidente laboral, utiliza el argumento de “la creación de riesgos extraordinarios” para imputar a la empresa por no haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas. El juicio de reproche subjetivo recae sobre las demandadas por su falta de diligencia en la adopción de las pertinentes medidas de seguridad.

“La creación de riesgos extraordinarios determina por parte de la jurisprudencia el reconocimiento de un estándar de diligencia exigible de carácter elevado, junto con la carga de demostrar el cumplimiento de dicha diligencia más allá de los niveles exigidos reglamentariamente, sin que ello suponga propiamente un supuesto de inversión de la carga de la prueba, que la nueva LECiv se aplica a casos especialmente tasados, sino que en éstos, como en otros supuestos en que también puede corresponder al causante del daño la carga de probar su diligencia, tiene aplicación la regla según la cual debe tenerse en cuenta al resolver sobre las consecuencias de la falta de prueba la mayor facilidad probatoria que pueda haber tenido una de las partes respecto de los hechos (STS, 1ª, 26.12.2006)”.

Todo ello, además debe venir matizado por el principio de que la actuación de la víctima que incide en la relación causal acaba excluyendo la responsabilidad.

#### ***4. Los casos difíciles***

El concepto de caso difícil en responsabilidad extracontractual debe referirse a aquel en que concurren diversos posibles criterios para la final imputación del daño, ya sean el riesgo, la responsabilidad por hecho de otro, la culpa de la propia víctima, etc. Aquí, para finalizar esta discusión, se van a examinar los casos contenidos en las SSTS, 1ª, 16.10.2007, 20.12.2007, 17.07.2007 y 17.02.2009.

1. La STS, 1ª, 16.10.2007 (RJ 2007\7102) se enfrentó a un caso complejo: un joven suicida compró cianuro en un establecimiento abierto al público destinado a la venta de instrumentos de

laboratorio y sustancias químicas, previa exhibición por el comprador de una tarjeta que le acreditaba como empleado de un taller de joyería, con lo que pretendía hacer creer que el producto iba destinado a la utilización en dicho taller. La sustancia es de venta libre en el comercio. La sentencia utiliza varios razonamientos para llegar a la exoneración de la propietaria del almacén.

En primer lugar, se dice en la misma que “[...] no siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 o 1903 CC”, porque ello debe matizarse y “el matiz, de contemplación necesaria, incide en la naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso”. Excluye, por tanto el riesgo como criterio de imputación de una forma muy clara.

En segundo lugar, la sentencia señala de forma taxativa que “Este Tribunal ya tiene declarado que los denominados principios de la solidaridad social y “*cuius commoda, eius incommoda*” a que se refiere el motivo no son idóneos por si solos para fundar una responsabilidad subjetiva, ni *quasi*-objetiva. Por lo que respecta a la responsabilidad por riesgo, obviamente la creación del mismo se traduce en una acentuación del nivel de diligencia exigible por parte de quien lo crea y lo controla, o debe controlar, pero el riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad, y ello es relevante para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que en todo caso ha de ser el proporcionado a la importancia del riesgo concreto, y en atención a las circunstancias de la actividad, personas, tiempo y lugar. Y en el caso, como ya se ha examinado, no cabía exigir al empleado una diligencia superior a la observada”.

En conclusión, dicha sentencia, si bien no excluye de forma total el riesgo como criterio de imputación, lo condiciona y en cualquier caso exige que el daño se haya ocasionado por la falta de control sobre la actividad de riesgo desarrollada, pero no cuando, como en el caso examinado, esto quedaba totalmente fuera del control del empleado que acabó vendiendo la sustancia que ocasionó la muerte del comprador. Este es un nuevo elemento que debe añadirse a la lista de criterios utilizados por el Tribunal Supremo en esta larga serie.

2. La segunda sentencia de este bloque es la STS, 1ª, 20.12.2007 (RJ 2007\9054). El caso que dio lugar a dicha sentencia fue el siguiente: una persona que visitaba un zoológico de un circo, saltó la valla protectora e introdujo un brazo en la jaula con la finalidad de dar de beber a los tigres. Uno de los animales le arrancó un brazo, tirando del mismo. En el recurso de casación, sin negar su propia culpa al colocarse en la situación de peligro, el lesionado sostuvo que no había suficientes medidas de seguridad para impedirle su propia acción. En primer lugar, la sentencia se dedica a examinar la responsabilidad por la tenencia de animales, establecida en el artículo 1905 CC y las causas de exoneración y dice que “Esta imputación objetiva de la responsabilidad, derivada de la posesión o utilización del animal, desplaza hacia quien quiere exonerarse de ella la carga de acreditar que el curso causal se vio interferido por la culpa del perjudicado, que se erige

de ese modo en causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido, eliminado la atribución de éste, conforme a criterios objetivos de imputación, al poseedor del animal o a quien se sirve de él. La presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación o de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta o actividad, en función de las obligaciones correspondientes al mismo, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado lesivo con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma (STS,1ª, 7.06.2006, que cita las STS,1ª, 21.10.2005 , 2 y 5.01.2006 y 9.03.2006”).

Dando por probado que el lesionado conocía la peligrosidad de los animales, la sentencia dice que “la causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra, lejos de la insuficiencia de las medidas de seguridad exigibles a la empresa de espectáculo circense poseedora de los animales, en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, y quien asumió también un resultado que se presentaba como previsible y claramente evitable, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias”.

En esta sentencia se plantea de forma evidente un problema de riesgo: la actividad desarrollada por el circo que exhibe animales peligrosos es una actividad de riesgo, que debe ser controlada por el propietario, porque, además, así lo exige el artículo 1905 CC, que hace responder al propietario del animal de forma objetiva. Ahora bien, la interferencia de la conducta de la propia víctima en la relación causal que asume el riesgo, excluye la responsabilidad del poseedor del animal. Por tanto, el riesgo solo vuelve a no ser criterio de imputación.

3. Otro de los casos que he denominado difíciles, es el examinado por la STS, 1ª; 27.06.2007 (RJ 2007\4895). Se trataba de un mujer que, invitada a cenar por unos amigos, tropezó en el pasillo de la casa con un juguete abandonado allí por el hijo de los anfitriones, lo que le causó graves lesiones. Los argumentos utilizados inciden de nuevo en dos cuestiones que han sido ya examinadas: el primero, la exclusión del puro riesgo como criterio de imputación, ya que según la sentencia examinada, el artículo 1902 CC “[...] exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño”.

En segundo lugar, se vuelve a señalar que “han de excluirse del ámbito del artículo 1902 CC los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar, el riesgo general de la vida o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida”, de modo que aunque es posible que en una reunión doméstica puedan producirse situaciones de riesgo, no todas generarán responsabilidad, ya que ello no significa que “todas las situaciones hipotéticamente

peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad de un hogar”.

Esta sentencia resulta muy interesante bajo diferentes aspectos, de los que destacaré la propia identificación del riesgo: ¿qué debe entenderse como actividad de riesgo? Es cierto que diversas sentencias, entre las que se encuentran las que la examinada cita, distinguen los riesgos normales de la vida, que no generarán obligación de indemnizar, y el que puede ser considerado como criterio de imputación que, en consecuencia, genera dicha obligación.

4. Finalmente, debe hablarse del caso planteado en la STS, 1ª, 17.02.2009 (RJ 2009\1504). Un joven de 15 años de edad, se encontraba en la clase de gimnasia de su colegio, bajo la dirección del profesor de la asignatura. El ejercicio consistía en una carrera para efectuar una batida simultánea con los dos pies en una cama elástica y caer en las colchonetas dispuestas en forma de T, bien en plancha, bien de pie. Después de haberse explicado el contenido y la técnica, el afectado realizó el ejercicio, cayendo y sufriendo gravísimas lesiones medulares. Ante el recurso del colegio, a quien la Audiencia Provincial había condenado, el TS casa la sentencia y considera que

“nos hallamos ante un riesgo natural en un proceso formativo dirigido a promover el desarrollo de la actividad física del alumno del que no es posible derivar responsabilidad alguna al docente y consecuentemente a los demás demandados”.

En este caso, se excluye la aplicación de la teoría del riesgo como criterio de imputación para aplicar la de los riesgos de la vida que deben ser asumidos por quien realiza la actividad. En este caso, es la actividad educativa la afectada y estando fijados los ejercicios en la programación escolar, resulta excluida la responsabilidad de la escuela, en aplicación del principio que he señalado, según el cual la víctima asume los daños, sin que sea posible atribuirlos a otros salvo que legalmente puedan serle imputados.

## **5. Conclusiones**

El sistema de responsabilidad civil no ha sido creado para permitir que toda víctima en toda ocasión obtenga un resarcimiento de su daño. No es correcto aplicar la fórmula de acuerdo con la cual “la víctima siempre cobra”. Sólo se generará la obligación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1089 CC, cuando o bien por medio de la imputación subjetiva o por el de la objetiva, en los casos en que la ley lo permita, se pueda atribuir a otra persona la obligación de responder de un determinado daño.

La jurisprudencia española ha restringido de forma clara y de manera progresiva la aplicación del riesgo como criterio de imputación, hasta el punto de proclamar de forma reiterada que no puede basarse una indemnización en este simple criterio. Sin embargo, estamos ahora en una de las oscilaciones del movimiento pendular por las que va pasando la interpretación de una legislación poco explícita y con muchas demandas sociales.

## 6. Bibliografía

Luis DIEZ PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

EUROPEAN GROUP OF TORT LAW (2005), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer Wien, New York.

Fernando L. REGLERO CAMPOS (2008), *Tratado de Responsabilidad civil*, 3ª edición. Thompson Aranzadi.

Encarna ROCA TRIAS (2007), *Derecho de daños. Texto y materiales*, 5ª edición. Tirant lo blanch, Valencia.

## 7. Tabla de Sentencias

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia.</i>
STS, 1ª, 08.11.1990	RJ 1990\8534
STS, 1ª, 22.10.1992	RJ 1992\8399
STS, 1ª, 20.03.1996	RJ 1996\244
STS, 1ª, 20.05.1996	RJ 1996\3879
STS, 1ª, 14.04.1999	RJ 1999\3140
STS, 1ª, 17.10.2001	RJ 2001\8639
STS, 1ª, 25.04.2002	RJ 2002\5243
STS, 1ª, 14.02.2005	RJ 2006\62
STS, 1ª, 21.10.2005	RJ 2005\8547
STS, 1ª, 02.01.2006	RJ 2006\129
STS, 1ª, 05.01.2006	RJ 2006\131
STS, 1ª, 09.03.2006	RJ 2006\1882
STS, 1ª, 07.06.2006	RJ 2006\8204
STS, 1ª, 26.06.2006	RJ 2006\4612
STS, 1ª, 11.09.2006	RJ 2006\8541
STS, 1ª, 22.02.2007	RJ 2007\1520
STS, 1ª, 17.05.2007	RJ 2007\4006
STS, 1ª, 30.05.2007	RJ 2007\4338
STS, 1ª, 27.06.2007	RJ 2007\4895
STS, 1ª, 16.10.2007	RJ 2007\7102
STS, 1ª, 20.12.2007	RJ 2007\9054



STS, 1 <sup>a</sup> , 28.02.2008	RJ 2008\1703
STS, 1 <sup>a</sup> , 23.07.2008	RJ 2008\5509
STS, 1 <sup>a</sup> , 24.07.2008	RJ 2008\6285
STS, 1 <sup>a</sup> , 28.07.2008	RJ 2008\7253
STS, 1 <sup>a</sup> , 17.02.2009	RJ 2009\1504