

LECTURES RECOMANADES

Pablo Salvador Coderch

- **Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999. 367 pàg. 5.500 pessetes.**

Al mèrit innegable d'haver publicat el llibre de dret civil més important de l'any s'hi suma el d'haver-ho fet més de quaranta anys després de que la seva primera monografia - "*El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*", Barcelona, Bosch cop., 1957 - veiés la llum: Luis Díez-Picazo y Ponce de León és el degà dels catedràtics espanyols de dret civil en actiu i ho és tant per antiguitat en l'escalafó com per mereixements. Qui hagi acudit a aquestes pàgines d'InDret per raons d'estudi, investigació o ofici ha de saber que en el futur ja no podrà prescindir del seu *Derecho de daños* si no és al seu risc. Vegem alguns dels eixos al voltant dels quals gira el pensament de l'autor.

1. L'encert bàsic en l'estructuració del llibre

Derecho de daños comença amb una primera part destinada a tractar les qüestions de fonaments (Capítols I a X); li segueix l'anàlisi dels problemes de delimitació –entre responsabilitat contractual i responsabilitat extracontractual, així com entre aquesta i la responsabilitat civil derivada de delictes-; i finalitza amb els problemes d'aplicació (Capítols XIII a XVI): aquesta tripartició sintetitza una tradició cultural que ara Díez-Picazo treu del món acadèmic i posa a disposició dels operadors jurídics. Però l'èxit en la selecció dels temes no és només positiu; també es manifesta en els temes que l'autor decideix *no* tractar, com per exemple, la rànica distinció entre responsabilitat per acte propi i responsabilitat pels fets aliens. El llibre és no una sinó diverses passes endavant en la cultura espanyola del dret privat i, especialment, en el tractament de molts dels temes clau del dret de la responsabilitat civil.

2. Introducció: crítica a la jurisprudència i la distinció entre responsabilitat per culpa i responsabilitat objectiva

A la Introducció (pàgines 19 a 38), l'autor critica la jurisprudència de la Sala 1^a del Tribunal Suprem amb la ferocitat esperada en qui la coneix massa bé: al primer paràgraf del llibre, que comença justament amb la frase: "*[e]l derecho de la responsabilidad civil ... se encuentra, en los momentos actuales, en un punto muy sensible de indefinición*", segueix un segon que parla ja de les "*vacilaciones de la jurisprudencia*" i, immediatament a continuació, un tercer que la remata i tot seguit la nega: "*[l]as sentencias dictadas*" sobre dret de danys "*son muy numerosas y de muy diferente pelaje ... [N]o existe entre ellas unidad de doctrina y ... muchas veces presentan muy claras contradicciones. No hay, en el sentido del artículo 1.9 CC (sic), jurisprudencia en el genuino significado de la palabra*" (pàg. 19).

La imputació resulta, sens dubte, molt dura, però els exemples presos de la jurisprudència recent del Tribunal Suprem que, a continuació, exposa l'autor no deixen cap dubte sobre la seva justificació. Aquests són les SSTS, 1ª, 22.1.1996 (accident mortal en una mina indegudament explotada); 31.12.1996 (amb cita de les anteriors de 8.11.1990 i 8.2.1991, jove greument ferit en un festival taurí, després de cridar l'atenció de la vedella que l'investí); 30.4.1984 (veí mort, al sortir de casa seva, per un brau que corria endarrerit pels carrers del seu poble en festes –una sentència molt anterior a la resta citada com a contrapunt-); 3.4.1997 (actor ferit en un correbou al que havia decidit participar activa i voluntàriament); 17.2.1997 (nens morts en ser atropellats per un tren les vies del qual corren paral·leles a una platja); 22.1.1996 (motociclista mort al ser atropellat per un tren quan creuava un pas a nivell sense barreres); 31.12.1996 (actor electrocutat en ensopegar amb l'estesa d'una línia elèctrica quan es trobava reparant la teulada d'una casa). I després de la seva narració, l'autor quasi confessa la seva exasperació: “*no sabemos nunca cuándo y con arreglo a qué criterios*” es decidirà ni si, per tant, es resoldrà d'acord amb un estàndard de responsabilitat per culpa o amb un altre de responsabilitat objectiva –“*por riesgo*”, en la terminologia de l'autor- (pàg. 24); “*en la jurisprudencia ... resulta imposible el hallazgo de criterios que permitan determinar qué suerte correrán, en el futuro, los casos que ante el Tribunal Supremo lleguen*” (pàg. 37).

Als qui fem InDret, aquestes afirmacions no ens sorprenen gens ni mica: després de coincidir fins i tot en els casos amb que s'inicia el llibre de Díez-Picazo ([Trens i Correbous](#)), InDret ha exposat fa ja un cert temps la hipòtesi que, entre responsabilitat per culpa i responsabilitat objectiva, hi ha moltes menys diferències de les que autors, legisladors i jutges han volgut veure durant el darrer mig segle ([Causalitat i responsabilitat](#)): tan aviat com hom s'adona que, primer, la culpa civil és, en general, rigorosament objectiva –és infracció de deures de precaució exigibles en el sector del tràfic en què actuava el demandat- i de que, segon, molts criteris d'imputació objectiva restringeixen l'àmbit dels possibles responsables del dany amb criteris idèntics a la responsabilitat per culpa, no hi ha dubte que la distinció perd els seus perfils: “*no existe ningún criterio que permita separar unos casos de otros ni determinar de antemano cuáles quedarán regidos por un tipo o régimen de responsabilidad y cuáles por otro, de manera que las conclusiones continúan siendo imprevisibles*” conclou Díez-Picazo al final de la Introducció (pàg. 37).

Però, ¿això és culpa només de la jurisprudència? InDret té dubtes seriosos de què sigui així: de fet, no cal ser un partidari *enragé* de l'anàlisi econòmica del dret, per comprovar que l'anàlisi doctrinal clàssica de la distinció entre responsabilitat per culpa i responsabilitat objectiva ha tancat els ulls davant de la veritat bàsica, que els nostres tribunals sempre o quasi sempre tenen en compte, que no es pot exigir l'adopció de precaucions infinites –és a dir, la realització d'una despesa infinita- a cap agent social l'activitat del qual es consideri lícita i permissibile. El mateix Díez-Picazo, receptiu a l'anàlisi econòmica (vegeu capítols I i VIII), però en definitiva crític davant l'amenaça imperial de la ciència lúgubre, rendeix a la Introducció del seu magnífic *Derecho de daños* el millor homenatge a l'anàlisi econòmica del dret de danys que he llegit en un text espanyol de dogmàtica jurídica.

Efectivament, a les pàgines 31 a 36, després de narrar els fets de la STS, 1ª, 17.2.1997, un cas en que, com sabem, dos nens havien mort atropellats per un tren les vies del qual circulaven paral·leles a la platja on jugaven, cita el fonament de dret tercer, segons el qual “*el riesgo no estriba en la peligrosidad que, para los arrollados por una máquina de tren, comporta el arrollamiento, sino en el favorecimiento que de tal trance puede comportar el*

vallado de la vía férrea en un lugar en que, aun no siendo legalmente obligatorio resultaba prudente” (pàg. 33). Aquesta dada, escriu després Díez-Picazo (pàg. 34), suscita algun comentari. “*Ante todo, habría que preguntarse en qué extensión o en qué longitud hay que vallar las vías férreas y qué coste debe invertir una entidad siempre deficitaria como es Renfe. Se podría cuestionar también la altura que hubiera que dar al muro, porque, seguramente, si éste no hubiera sido muy alto, traviesos muchachos a quienes el ferrocarril seduce, hubieran podido saltarlo fácilmente ... Alguna observación adicional puede hacerse en punto a si las obras –el muro– que la sentencia parece imponer a la Red de Ferrocarriles no supone un costo que hubiera estado mejor dedicado en otro tipo de actividades de la propia empresa*”. Al lector familiaritzat amb la fórmula de Hand, les cavil·lacions anteriors li resultaran òbvies. I al jurista tradicionalment crític del *Law & Economics* se li podrà recordar que hi segueix havent molta gent que escriu prosa sense saber-ho.

3. Anàlisi econòmica del dret de danys i concepte de culpa

No és aquest, sens dubte, el cas de Díez-Picazo qui, com acabem de dir, dedica el capítol VIII del seu llibre a l’anàlisi econòmica (pàg. 203 i seg.). Encara que amb algun curiós error menor de cita –quan es converteix el govern dels Estats Units en la marina americana: *U.S. v. Carroll Towing* (159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)) es cita com a *U.S. Navy v. Carroll*, pàg. 210)-, l’autor dóna raó de la literatura fundacional de l’anàlisi econòmica del dret de danys, així com la d’alguns dels seus desenvolupaments més coneguts, una direcció de pensament, escriu, que “*no debe, en modo alguno, perderse de vista*” (pàg. 217), però que, en definitiva, “*en sistemas de base legalista como el Derecho español y prácticamente todos los que pertenecen al área del derecho Europeo continental codificado, la relación directa en que los jueces se encuentran con las normas jurídicas de origen legal, les impide llevar a cabo tareas que excedan de la interpretación de tales normas y, en su caso, de la integración de las lagunas que el sistema legal puede presentar. Por ello, no es extraño que el llamado análisis económico del derecho haya crecido y se haya desarrollado en los sistemas de Derecho anglosajón donde es fama que los jueces disponen de una mayor dosis de libertad de actuación*”.

La idea que el jutge del *Civil Law* està més cenyit a la llei escrita que el jutge del *Common Law*, aplicada al dret espanyol de danys, suscita alguna perplexitat: ¿Realment queda cap civilista que cregui sincerament que el tenor literal de la clàusula general de l’art. 1902 CC constreny efectivament l’arbitri judicial d’algun Jutge o Magistrat? Si n’hi ha, no és Díez-Picazo, qui, al final del capítol, afirma sense embuts: “*los costos de prevención ... presentan una especial importancia a la hora de definir el concepto de culpa*” (pàg. 217). Learned Hand (1872-1961) ja ho havia escrit el 1947.

Anem, doncs, a la culpa (Capítol XVI i últim del llibre, pàg. 351 i seg.): “*Me parece*”, escriu Díez-Picazo, “*un mérito del análisis económico del Derecho, la relación establecida entre diligencia y negligencia con los costos de prevención necesarios para la evitación de los daños. A nuestro juicio, es claro que al establecer los parámetros o estándares de diligencia deben tenerse en cuenta en los sacrificios exigibles a las personas a quienes la diligencia se impone y, al mismo tiempo, los límites de los mencionados sacrificios, punto de vista desde el cual los conceptos económicos tienen evidente efectividad. Sin embargo, el concepto de diligencia, desde nuestro punto de vista, más parece un concepto normativo que un concepto puramente económico*” (pàg. 359).

Tanmateix aquí potser hi ha un *non sequitur*: no existeixen dos móns, l'econòmic i el normatiu, sinó que només n'hi ha un on vivim tots. Certament, el legislador pot establir uns o altres cànons de responsabilitat, però l'estàndard econòmic de la negligència, un cop establert, és tant normatiu com pugui ser-ho qualsevol altre que decidís utilitzar el legislador o aplicar el jutge: per exemple, si demà es resol que els professionals de la medicina han d'invertir en precaucions una quantitat igual a, posem per cas, el quàdruple dels danys probables que resultin de la seva activitat ($B = 4 \times P \times L$) el nou estàndard no seria ni més ni menys normatiu que un altre –molt proper a la realitat legal espanyola– segons el qual el centre públic on treballa el metge, funcionari públic, respon d'acord amb aquest criteri, però el metge només respon per negligència greu ($B = P \times L / 2$, vg. art. 145.2 Llei 30/1992) o d'acord amb un altre segons el qual el mateix metge, a la seva consulta privada, respon amb criteris de negligència simple ($B = P \times L$). La idea que existeixen un món normatiu i un altre d'econòmic resulta pertorbadora per a l'anàlisi: allò decisiu és identificar en què es diferencien els diversos estàndards normatius, incloent, com qualsevol d'altre, el que resulta d'aplicar la *fórmula de Hand*.

4. La història i les funcions del dret de danys

En els capítols històrics de *Derecho de daños*, la molt ben escrita exposició –característica habitual de la ploma de l'autor, un dels millors escriptors jurídics del segle que acaba de concloure– segueix les línies tradicionals de la història dels dogmes –més literatura jurídica que dret realment aplicat– almenys fins a la Il·lustració, on, després d'una lleu referència al Codi General Territorial Prússia de 1794 (pàg. 81)–, Luis Díez-Picazo es refereix als codis civils francès de 1804, i alemany de 1900, així com al dret anglès.

Molt més carnós resulta el Capítol IV (pàg. 93 i seg.) dedicat a l'evolució del sistema codificat: l'autor passa una curiosa revista als factors de distorsió del sistema que els codificadors cregueren deixar ben establert: l'equiparació entre accions i omissions, l'aparició de responsabilitat per dany moral, la pèrdua del lloc central que ocupà la responsabilitat per negligència aparentment desplaçada per la responsabilitat objectiva o per risc. Les pàgines destinades a la recepció cultural a Espanya d'aquesta darrera doctrina (pàg. 110 i seg.) –obra de juristes com Ángel Ossorio y Gallardo, Emilio Miñana, Agustín Herrán, Adolfo de Miguel y Garcilópez i José Castán Tobeñas– constitueixen algunes de les més reeixides dels capítols del llibre comentat dedicats a la història del dret de danys.

Amb igual encert ressalta l'autor la influència fonamental de l'obra de Pietro Trimarchi (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè 1961), potser el més lúcida analista europeu de la seva generació en aquesta matèria i algú que, d'haver treballat i publicat als Estats Units d'Amèrica, seria sens dubte citat junt amb el seu quasi compatriota Guido Calabresi com un dels precursors del modern dret de la responsabilitat civil.

De forma semblant, analitza Díez-Picazo l'evolució objectivista de la jurisprudència espanyola que, al seu parer, es produeix des de finals dels anys cinquanta d'aquest segle, encara que només per arribar de nou a la desassossegadora conclusió que les racionalitzacions doctrinals que embolcallen les sentències no ofereixen cap guia jurisprudencial, sinó que són simples justificacions *ad hoc* del seu sentit finalment condemnatori o absolutori: “*los Tribunales juegan con dos barajas intercambiables sin que*

uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego o el otro. Cuando hay que favorecer la indemnización, se tenderá la cuerda objetivista y cuando hay que denegarla, se recogerá" (pàg. 122). Amb tot, l'elevació del cànon de la diligència, la inversió de la càrrega de la seva prova, l'adopció en alguns casos poc definits del cànon de la responsabilitat objectiva ("teoria del risc"), la regla de que les víctimes d'un dany han de ser indemnitzades i la de que qui obté beneficis derivats del desenvolupament d'una activitat ha de carregar amb els costos que genera es converteixen en els tòpics doctrinals dominants del dret de danys dels darrers quaranta anys.

Els tòpics esmentats suggereixen una evolució que apunta cap a un predomini de l'anomenada funció compensatòria de la responsabilitat civil. El capítol I de *Derecho de daños* recull l'estat actual de la discussió sobre les funcions del dret de danys i com que parteix, amb encert, de que habitem en un món físicament limitat i, per tant, caracteritzat per la inevitabilitat d'innombrables contactes socials, s'ha de començar per afirmar la necessària funció de demarcació del dret de danys (pàg. 41 i seg.): deixar d'un costat els danys no rescabals –la majoria– i, de l'altre, aquells la producció dels quals dóna lloc a una pretensió rescabals és la més bàsica de les funcions de tot dret de danys: hom ha de saber si el dolor causat per la ruptura d'una relació amorosa o simplement d'amistat dóna lloc o no a una pretensió rescabals (STS 16.12.1996, Ar. 9020); si les revistes electròniques com InDret arriuen a ser impunes a les publicades en suport paper; si el mateix pot sostenir-se en el cas d'una inevitable infecció hospitalària contreta per qui fou contagiada d'un virus tretze o catorze anys abans que la ciència mèdica n'identifiqués l'existència (STS 9.3.1999, Ar. 1368) o, més senzillament, si sorgeix o no una pretensió rescabals per les infeccions que, ara per ara, estan irremediablement associades a l'ingrés en una unitat de cures intensives de qualsevol hospital espanyol.

En aquesta mateixa seu, l'autor es pregunta si el dret de danys compleix algun tipus de funció punitiva (pàg. 44 i seg.), qüestió que respon negativament seguint la seva posició sobre la institució dels *punitive damages*, una figura que Díez-Picazo considera aliena a la cultura del *Civil Law*. InDret manté al respecte posicions diferents, tot i que no contràries a les exposades per l'autor del llibre recensionat: és possible, conceptualment parlant, construir els *punitive damages* al marge de tota idea de sanció, però no és probable que cap ordenament jurídic arribi a fer això mai ([Punitive Damages](#)). Més enllà de la discussió sobre aquesta figura, l'autor rebutja, amb raó, que el dret civil de danys pugui alinear-se amb el dret sancionador, penal o administratiu: ni l'exigència de tipicitat, ni d'antijuridicitat, ni el principi de culpabilitat, ni la proporcionalitat entre la gravetat de la conducta i la de la conseqüència de dret, ni en definitiva quasi cap de les característiques bàsiques del dret sancionador caracteritzen formalment al dret civil de danys. Díez-Picazo segueix, en aquest com en altres temes (imputació objectiva, antijuridicitat), la llarga via que obrí a la dècada dels anys vuitanta el seu deixeble, el professor Fernando Pantaleón probablement l'analista més fi del dret espanyol de la responsabilitat civil dels darrers vint anys: l'obra d'un gran mestre es beneficia també de la dels seus millors deixebles, en una sinergia acadèmica que aquests dos professors de la *Universidad Autónoma de Madrid* –el mestre i el deixeble– manifesten de manera exemplar.

Díez-Picazo separa, també amb tot encert, la qüestió de la funció preventiva del dret de danys de la punitiva (pàg. 47 i seg.): com hem assenyalat en una altra ocasió (Salvador/Castiñeira, (1997)) i constata que si bé castigar implica prevenir la inversió dels termes no és certa –la tanca que ens separa i protegeix de l'abisme prevé accidents,

però no castiga a ningú-. Tanmateix Díez-Picazo no porta aquesta constatació fins a les darreres conseqüències i es resisteix a reconèixer que el dret de danys compensa bé només quan prevé correctament -doncs només resulta raonable compensar accidents que resultava socialment menys costós prevenir que causar- i després d'una disquisició sobre la prevenció general i la prevenció especial, es remet al tractament que la qüestió li mereix des del punt de vista de l'anàlisi econòmica del dret, que ja hem comentat anteriorment (apartat 3). Com dèiem, no existeixen dos móns, un de físic i un altre de normatiu, sinó que només n'existeix un on les normes jurídiques i socials exerceixen una o altra funció de millor o pitjor manera.

Les millors pàgines d'aquest Capítol I es destinen a la diferenciació entre dret de danys i enriquiment injustificat, un tema que el professor Díez-Picazo ja havia tractat magistralment anteriorment en el seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia *El enriquecimiento injustificado en el Derecho español* (1988) i les conclusions del qual ara recull. El problema, amb tot, és que les pretensions d'enriquiment són l'instrument típic de tutela dels drets absoluts -a diferència de la pretensió indemnitzatòria pròpia de la responsabilitat civil, que únicament es dirigeix a obtenir el rescabament d'un dany-, i, en ocasions, la discussió de fons no és tant sobre si hauria de donar-se lloc o no a una pretensió del primer tipus o si, més fonamentalment, l'objecte de la tutela és o no és un dret absolut, com s'esdevé notòriament en el cas del dret fonamental a l'honor (art. 18 CE). L'obra de Díez-Picazo -llegendàriament influent en el món legal i jurisprudencial- contribuirà, sens dubte, a dur a la palestra de la vida jurídica quotidiana una qüestió el tractament de la qual havia quedat fins ara gairebé reservat als cercles acadèmics (Basozabal Arrue (1998) i Pantaleón Prieto (1996)). Això mateix, lletra per lletra, pot dir-se del seu tractament de les diferències entre la indemnització de danys i perjudicis i el preu just de l'expropiació forçosa, un tema enfosquit per una antiga i respectada tradició legal i doctrinal que construeix la responsabilitat patrimonial de les Administracions Públiques a partir de les regles de l'art. 121 i seg. de la Llei d'Expropiació Forçosa, de 16 de desembre de 1954 (BOE núm. 351, de 17 de desembre de 1954).

5. Assegurança, distribució i socialització del dret de danys

El Capítol VII de *Derecho de daños* (pàg. 187 i seg.) aborda el tema de les assegurances i el dret de danys. Com que Luis Díez-Picazo no és partidari d'analitzar el sistema en qüestió des del punt de vista de la seva contribució a la reducció dels costos dels accidents, és a dir, de la prevenció d'accidents, el Capítol que comentem dona raó al lector del nucli central de la teoria de l'assegurança i prefereix començar la seva anàlisi amb una consideració sobre el que un sector de la doctrina llatina de farà ara una generació anomenà -un xic confusament- "socialització del dret de danys". És, sens dubte, una opció que té un interès històric innegable i que ofereix al lector una síntesi atractiva de tota una tradició doctrinal, però també és una opció aliena al programa d'InDret.

Des del punt de vista individual, una assegurança és un instrument econòmic que permet a un individu -persona física o jurídica- substituir un cost incert i elevat (el risc o contingència que s'assegura) per un cost cert i reduït (la prima). Podem dir, doncs, en aquest sentit, que una assegurança transfereix riscos. Socialment, una assegurança redueix o elimina riscos pel procediment de posar en comú un número suficientment gran d'unitats de risc (*pooling*) de tal forma tal que les pèrdues esdevinguin vaticinables i es puguin compartir.

Noteu que la primera definició posa l'accent en la transferència de riscos i que la segona ho fa en la seva posada en comú: en cap de les dues s'afirma que l'assegurança redueixi costos o pèrdues econòmiques. De fet, qualsevol assegurança s'ha de gestionar, activitat sempre costosa (típicament, el 10% de les primes se'n va en costos de gestió); a més, una assegurança pot incrementar clarament els (costos dels) accidents, ja que, com a conseqüència de l'assegurança, la gent pot començar a comportar-se de manera menys previnguda (si cap lector d'InDret en dubta, que pensi per un instant com conduiria el seu automòbil si hagués d'afrontar personalment els danys materials o personals derivats del seu estil de conducció).

Tanmateix, hi ha una raó per la qual les assegurances són avantatjoses per a la majoria dels humans (vegeu Schäfer/Ott (1995), pàg. 106 i seg. i Gary Schwartz (1998), pàg. 335 i seg.).

La primera és que la utilitat marginal creix menys del que proporcionalment ho fa la renda o, vist a l'inrevés, perdre les últimes unitats de renda fa menys mal que quedar-se sense les primeres: és menys dolent perdre cada dia del proper estiu el quart litre d'aigua que ens agradarà beure quotidianament que perdre els quatre de cop i un dia de cada quatre. Normalment, estariem disposats a pagar diàriament una prima d'un litre d'aigua a canvi de disposar-ne de tres segurs cada dia.

Dit encara d'una altra manera, els humans solem manifestar un grau positiu d'aversion al risc: en l'exemple anterior, això explica que, en realitat, estiguem disposats a pagar una mica més d'un litre d'aigua cada dia a canvi de no haver de suportar la pèrdua dels quatre cada quatre dies.

En seu de responsabilitat civil, l'assegurança pot, al seu torn, analitzar-se des del punt de vista del causant potencial dels danys o des del de les seves víctimes també potencials.

Per al causant de danys, l'assegurança és atractiva per les raons esmentades: una ginecòloga –professió subjecta a molts riscos de plets per mala pràctica de la medicina– sol preferir pagar una part important de la seva renda anual en forma de primes que arriscar-se a perdre, una o dues vegades al llarg de la seva vida professional, la renda de diversos anys en un plet desfavorable.

Amb tot, hi ha problemes: la responsabilitat civil és un sistema legal pensat, entre altres coses, per desincentivar comportaments imprudents, però com que vostès ja hauran respost a la meua pregunta introspectiva sobre la qualitat de la seva conducció, l'existència d'una assegurança pot produir l'efecte pervers de reduir les precaucions que adopta el causant potencial de danys: ja pagarà l'assegurança. Aquest és el denominat problema del risc moral (*moral hazard*) que constitueix una plaga per a l'economia i el dret tant de l'assegurança com, consegüentment, de la responsabilitat civil. El problema es pot pal·liar: en primer lloc, prohibint l'assegurabilitat del dol o causació intencional de danys; i, en segon lloc, permetent que la companyia d'assegurances usi la informació disponible sobre el comportament de l'assegurat i pugui exercir-hi un cert control.

Un altre problema clàssic de l'assegurança voluntària deriva del fet de que, en gairebé tots els àmbits de l'activitat humana, els agents socials no són destres igualment: la

destresa d'uns és inferior a la mitja i l'habilitat d'altres superior. Això provoca el fenomen conegut com a selecció adversa (*adverse selection*): els més destres defugen l'assegurança, però els més maldestres la persegueixen, la societat es polaritza i la companyia d'assegurances s'arruïna. La llei pot tractar de combatre el fenomen i InDret dedicarà en el futur una pàgina a alguns dels intents més reeixits, així com a il·lustrar fracassos històrics: n'hi prou ara i aquí amb assenyalar que una assegurança obligatòria acompanyada de mesures públiques de control més o menys severes pot pal·liar el problema.

En teoria, si el dret de danys garanteix a la víctima una compensació perfecta, és a dir, una d'acord amb la qual a la víctima li resulti indiferent patir el dany i obtenir la compensació o no patir-lo –és a dir: quedar indemne o no ser danyada–, aleshores l'existència de l'assegurança de responsabilitat civil és, econòmicament parlant, ideal, ja que deixa indiferent a la víctima i al mateix temps beneficia al causant (Shavell, (1987), pàg. 210 i seg.).

Però, les coses no són així:

- a) Sabem que el dret espanyol de la responsabilitat civil, tal com s'aplica a la pràctica, resulta clarament infracompensatori: no totes les víctimes amb dret a una indemnització litiguen; no totes les que litiguen guanyen; no totes les que guanyen són compensades per tots els danys que patiren.
- b) Hi ha danys incensables com, per exemple, els que hagin causat la mort de la víctima. Quelcom semblant s'esdevé amb els danys corporals molt greus quan li redueixen clarament la *joie de vivre* ([Danys morals](#)).
- c) El dret de danys és de gestió molt costosa. Típicament, per cada euro que costa moure la màquina de la justícia només mig arriba a la víctima.

En qualsevol cas, (l'assegurança de) la responsabilitat civil és un *third party insurance*, però la qüestió es pot analitzar també des de la perspectiva de la víctima potencial, qui, al seu torn i amb absoluta independència del dret de danys i de les assegurances contractades pel causant de danys, pot contractar o disposar d'una assegurança de danys o d'accidents (*first party insurance*).

En aquest cas, l'analista del dret de danys ha de tenir en compte els efectes d'assegurances privades o públiques similars: aquestes es troben, sens dubte i en primer lloc, subjectes als mateixos problemes de risc moral que les assegurances a càrrec del causant de danys, ja que les víctimes potencials assegurades tendiran a ser menys prudents del que resultaria més correcte especialment quan el dany afecta a béns que puguin ser substituïts fàcilment en el mercat. El problema és molt menor, òbviament, si els béns afectats són un mateix o la seva salut i integritat física i mental.

En segon lloc, s'ha de tenir en compte que alguns o molts dels beneficis derivats dels sistemes d'assegurança de que disposi la víctima poden constituir drets independents de la indemnització a que tingui també dret d'acord amb la regulació de la responsabilitat civil: si això és així, es podrà produir una sobrecompensació de danys, que podrà incrementar el risc moral ([Collateral Source Rule](#)).

A Espanya, la cultura jurídica acadèmica es divideix artificiosament en gremis i, el que m'interessa recalcar aquí, la responsabilitat civil cau dins del cercle d'activitats pròpies dels civilistes, però el dret de les assegurances privades l'estudien primàriament els mercantilistes: el resultat sol ser que pocs civilistes tracten sobre assegurances i

escassos mercantilistes analitzen el dret de danys, quelcom així com si uns cardiòlegs s'especialitzessin en aurícules i altres en ventricles. Però com acabem de veure, la connexió entre responsabilitat civil i assegurança és òbvia. InDret pretén aleshores no tant canviar les agendes de treball dels privatistes espanyols com ajuntar-les: de l'estudi conjunt del dret de danys, de l'assegurança i d'altres sistemes de compensació no es pot esperar res més que avantatges, però, tal i com estan les coses a la nostra universitat, s'haurà d'esperar encara una mica més, confiem que no massa. Mentrestant, el lector d'InDret haurà d'acudir als tractaments estàndard d'anàlisi econòmica del dret de danys (Schäfer/Ott (1995) pàg. 178 i seg.; Cooter/Ulen (1996), 297 i seg., Posner (1998), 115 i seg). Dues bones introduccions als problemes de la gestió de riscos són Vaughan / Vaughan (1999) i Redja (1997). Un *link* interessant en aquesta matèria és <http://www.ambest.com/review/lh/index.html>.

6. Antijuridicitat i imputació objectiva

Part de la doctrina i, sens dubte, la Sala 1^a del Tribunal Suprem, ha sostingut l'exigència d'antijuridicitat per a poder qualificar un acte o una omissió com a font de responsabilitat civil. Per a Díez-Picazo (Capítol XIII, pàg. 287 i seg.) això implica una confusió entre la conducta il·lícita que suposa sempre la violació d'un dret subjectiu i la mera causació d'un dany: la responsabilitat civil s'associa a això últim i, en el seu cas, al fet que concorri el requisit addicional de la negligència en el que estaria embegut el judici sobre l'antijuridicitat (pàg. 298).

Certament, la jurisprudència, per tal de justificar l'exigència d'antijuridicitat al·ludeix a la infracció d'una hipotètica norma primària i molt general –el principi *Neminem Laedere*– del que seria manifestació la norma -secundària- de l'art. 1902 CC. Però aquesta justificació resulta potser massa insuficient: l'art. 1902 del CC és una norma tan genèrica, que no hi ha manera humana de concebre res semblant a la tipicitat en la regla bàsica sobre responsabilitat civil del dret espanyol. La clàusula general de l'art. 1902 és l'antítesi d'un tipus i en absència de tipus no es pot parlar d'antijuridicitat. Fins aquí, la tesi que comentem és simplement impecable.

No obstant, la rància discussió sobre l'antijuridicitat sol fer fallida a l'hora de tractar de les causes de justificació, puix que fins i tot els autors que, com el mateix Díez-Picazo, rebutgen la necessitat de concurrència de l'esmentat requisit, es refereixen després extensament al tema propugnant l'aplicació de la regulació d'almenys algunes de les causes de justificació dels arts. 14 i 20 Codi Penal de 1995 a la responsabilitat civil, com és el cas i tan sols per citar un exemple, de la legítima defensa (art. 20, núm. 4 CP) (pàg. 299 i seg.). El mateix es podria dir de l'actuació en exercici d'un dret o compliment d'un deure (art. 20, núm. 7 CP). De dret a més, l'art. 118.1 CP no inclou la legítima defensa com un dels casos en què l'exempció de responsabilitat penal “no comprèn la de la responsabilitat civil”: la dona que apunyala i mata a qui l'estava estrangulant no haurà d'indemnitzar a la vídua. Novament, el mateix es podrà afirmar de l'altra causa de justificació d'admissió pacífica per la millor doctrina, això és, de l'actuació en exercici d'un dret o en compliment d'un deure. En canvi, la discussió doctrinal sobre quan l'estat de necessitat funciona com una causa d'exclusió de l'antijuridicitat (actuació defensiva o en protecció de béns jurídics d'igual o superior valor als destruïts o danyats) i quan com una d'exclusió de la culpabilitat (actuació agressiva o en protecció de béns inferiors al lesionat) i la pròpia regla de l'art. 118.3 CP manifesten

amb certa claredat que l'existència d'una possible causa de justificació no sempre exclou el deure d'indemnitzar.

¿Què succeeix aleshores?, ¿com concordar una doctrina que prescindeix de l'antijuridicitat, però que té necessitat de les causes de justificació?, ¿no resulta que l'antijuridicitat, expulsada per la porta de l'edifici de la dogmàtica civil, entra per la finestra d'algunes de les causes de justificació?

Encara que el risc és convertir-se en escolàstic podem cedir a la temptació de concordar els canons discordants i refugiar-nos en la imputació objectiva: la reacció defensiva de la dona que estava sent estrangulada ni tan sols li és objectivament imputable, ja que va respondre, potser instintivament, a la provocació del seu frustrat assassí (principi de provocació). D'aquesta manera, la discussió sobre l'antijuridicitat i les causes de justificació acaba quedant-se en el territori sociològic i valoratiu –no pas en legal ni en el legislat- de la imputació objectiva: en dret (de la responsabilitat) civil, no hi ha antijuridicitat perquè no hi ha tipicitat i el judici sobre la correcció de la conducta del demandat es remet en definitiva a una valoració (normativa, però extralegal) - sociològica, econòmica i fins i tot ètica-.

En el fons, la tesi que apuntem aquí concorda amb una vella veritat: tampoc els deures de precaució la infracció dels quals defineix precisament la negligència (art. 1902 CC) estan generalment tipificats per la Llei. Són deures que resulten, en cada sector del tràfic, de les regles pròpies de l'art de què es tracti (medicina), de les expectatives socials (responsabilitat del fabricant), potser dels millors usos del sector, però no només de la llei ni dels reglaments, puix que, com és sabut, el mer compliment de les lleis i reglaments no eximeix al demandat si, a més i d'acord amb les circumstàncies del cas, va incomplir precaucions que, en l'àmbit precís de l'activitat que desenvolupava, li eren exigibles. En el dret penal, el principi de legalitat comporta una exigència de tipicitat legal que, en canvi, no existeix en el dret civil: després d'aquesta constatació, la possibilitat de superar la discussió sobre l'antijuridicitat sembla possible i el llibre de Díez-Picazo, escrit en la línia marcada pel Professor Fernando Pantaleón en les seves nombroses aportacions sobre aquest tema (Pantaleón Prieto, (1990), pàg. 1561 i seg.), suposa un bon pas en aquesta direcció. Aquí ens n'aprofitem i tractem de donar-ne un altre: per tal d'aplicar la regla de l'art. 1902 CC, n'hi ha prou amb poder afirmar que el demandat infringí un deure de precaució i causà un dany a un tercer; **la infracció dels deures de precaució, deures principalment extralegals, és l'Ersatz civilista de l'antijuridicitat penal.** I és que els civilistes no tenim tipicitat perquè, en dret de danys, no estem vinculats pel principi de legalitat (Jakobs (1993) pàg. 195 i seg.).

En el fons, la tesi que s'acaba d'exposar troba un precedent en l'evolució de la doctrina alemanya del darrer mig segle (vegeu Kötz (1998), pàg. 40 i seg.). També a Alemanya era tradicional afirmar que un comportament era antijurídic quan lesionava un dels drets subjectius o dels béns jurídics catalogats al paràgraf 823 I BGB (doctrina de l'antijuridicitat del resultat o *Erfolgsunrecht*): la violació del dret o la lesió del bé jurídic és indicatiu de l'antijuridicitat. No obstant, des de fa ja molt temps, la millor doctrina apunta a què allò antijurídic no és la producció del resultat lesiu sinó, prèviament, la infracció de deures de conducta, l'incompliment de deures de cura imposats en cada cas pel tràfic (doctrina de l'antijuridicitat de l'acte, *Handlungsunrecht*). Sabut és que, a Alemanya, aquesta tesi ha permès legitimar comportaments el resultat dels quals és clarament nociu per algú –per ex., la competència-, però que no suposen cap infracció de deures de cura.

La relegació de l'antijuridicitat reflexa així el protagonisme escàs de la Llei escrita en el dret civil de danys: si, finalment, només és crucial la infracció de deures de precaució, el centre del sistema es desplaça des de la Llei escrita i per tant, des de l'Estat, fins a la societat, que difusa i descentralitzadament defineix els deures de precaució, el seu abast i les persones o grups a qui correspon el seu compliment. Quan es realitzi l'apreciació judicial de les expectatives i valoracions socials de la precaució adoptada pels diferents agents socials, s'haurà de precisar, en primer lloc, quan existeix un deure de precaució i, en segon, a qui competeix complir-lo (si a un o altre agent social o, a més, a l'Estat i els seus agents, etc.): això darrer és tasca de la imputació objectiva.

Així, un enteniment més o menys estricte del principi de confiança i de la prohibició del retorn ([Causalitat i responsabilitat](#)) permetran, segons com, absoldre o condemnar a les empreses de la indústria tabaquera o als fabricants d'armes de foc: potser, l'adopció d'una decisió d'aquesta mena hauria de correspondre, per la seva generalitat, al legislador, però si aquest abandona el camp que li és propi, no ha d'estranyar que el tema es judicialitzi i que els afectats recorrin al dret de danys per a que els jutges i tribunals decideixin qui té i quines són les obligacions de precaució. Naturalment, l'abandonament de tasques que tal vegada son pròpies del legislador comporta una pèrdua notable de seguretat jurídica, però, com hem tingut ocasió de comentar en un altre lloc, no sembla pas que el legislador tendeixi a recuperar el control dels criteris d'imputació - particularment, els de causalitat adequada, prohibició del retorn i confiança -.

Derecho de daños és el primer llibre de dret civil destinat als operadors jurídics que tracta complidament els temes de la imputació objectiva (Capítol XV, pàg. 340 i seg.), una construcció conceptual que, encara que originada en el món del dret civil, només s'havia utilitzat profusament en el dret i la dogmàtica penals. És un mèrit clar de Díez-Picazo -un altre més que se suma als molts del seu llibre-, així com de la seva escola haver portat al dret civil espanyol una doctrina que s'explica molt millor en un dret que -com el civil de danys- no és d'origen legal, que en un altre -el dret penal- que està presidit pel principi, més escricte, de legalitat.

InDret té la certesa de que *Derecho de daños* canviarà -i molt- la doctrina i la pràctica forense i judicial del dret espanyol de la responsabilitat civil en diversos dels temes fonamentals d'aquest institut jurídic. Per a bé.

Barcelona, 31 de desembre de 1999

• **Sentències de la Sala Primera del Tribunal Suprem**

Data	Ar.	Magistrat Ponent	Parts
30.4.1984	1974	Jaime Santos Briz	José G. c. Ajuntament de C. del R. A., José D. i Companyia d'Assegurances «L.A.N.»
8.11.1990	8534	Jaime Santos Briz	Juana Rita G. i marit c. «Persan, S.A.»
8.2.1991	1157	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	Félix P., Pedro C., José L., Magdalena B., Constantino G. i Vicente M. c. Fernando de P., Mariano de F. i Francisco R.
22.1.1996	248	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	Aurelia C. c. Dámaso G.
22.1.1996	250	José Almagro Nosete	Gregorio M. i Victoria F. c. RENFE

16.12.1996	9020	José Almagro Nosete	M ^a . Luisa P. C. Ramón C.
31.12.1996	9053	Pedro González Poveda	Cristóbal M. c. «Peña del Toro Embolado», José C. i Ajuntament de los Barrios
31.12.1996	9476	Luis Martínez-Calcerrada Gómez	(No consta) c. «Unión Eléctrica FENOSA» i Santiago C.
17.2.1997	1426	José Luis Albácar López	Manuel S. i Teresa T. c. RENFE
3.4.1997	2729	Francisco Morales Morales	José L. c. Ajuntament de Navas del Madroño, Diputació Provincial de Cáceres i Junta de Extremadura
9.3.1999	1368	Román García Varela	Isidoro M. c. INSALD i Juan B.

• **Bibliografia**

Xabier BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

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

Fernando GÓMEZ POMAR,

- Collateral Source Rule, a <http://www.indret.com>
- Daños morales, a <http://www.indret.com>

Günther JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*. 2. neub. u. erweit. Auflage, Studienausgabe, De Gruyter, Berlin, New York, 1993.

Hein KÖTZ, *Deliktsrecht*, 8. Auflage, Neuwid., Krifteld, Luchterhand, 1998.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, *Centenario del Código Civil*, Ramón Areces, Madrid, 1990, pàgs. 1561 i ss.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, Comentario al art. 1902 Cc., *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pàgs. 1971 i ss.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley, 10 de mayo de 1996, núm. 4033, pàgs. 3 i ss.

Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Aspen Publishers, New York, 1998.

George E. REDJA, *Principles of Risk and Insurance*, 6th edition, Addison-Wesley. Reading, Menlo Park, Harlow, Don Mills, Sydney, México City, Madrid, Amsterdam, 1997.

Pablo SALVADOR CODERCH y María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Pablo SALVADOR CODERCH,

- Causalitat i responsabilitat, a <http://www.indret.com>

- Punitive damages, a <http://www.indret.com>
- Trens, a <http://www.indret.com>
- Correbous, a <http://www.indret.com>

Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrecht*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1995.

Gary T. SCHWARTZ, *Insurance, Deterrence and Liability*, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Stockton Press, New York, 1998, págs. 335 y ss.

Emmet J. VAUGHAN/Therese VAUGHAN, *Fundamentals of Risk and Insurance*, 8th edition, John Wiley & Sons Inc., New York, Chichester, Weinheim, Brisbane, Toronto, Singapore, 1999.