

Responsabilidad extracontractual
objetiva: parte general

XABIER BASOZABAL ARRUE



Derecho Privado

Colección

Derecho Privado

Director:

Antonio Manuel Morales Moreno

Títulos publicados:

Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)

Carmen Jerez Delgado

Responsabilidad extracontractual
objetiva: parte general.

Xabier Basozabal Arrue

De próxima aparición:

Cláusula resolutoria y control del incumplimiento

Beatriz Gregoraci

Formado en las Universidades de Deusto, Carlos III de Madrid y Colonia, Xabier Basozabal Arrue es Profesor Titular de Derecho Civil desde 2003. Las materias más importantes sobre las que ha investigado y publicado son: el enriquecimiento injustificado, especialmente la *condictio* por intromisión y la *condictio* por impensas; el deslinde entre el derecho de enriquecimiento y el derecho de daños: el tratamiento del lucro cesante en las leyes de protección de bienes inmateriales; la responsabilidad extracontractual objetiva; las excepciones oponibles en el art. 76 de la Ley de contrato de seguro: la acción directa; la novación, la asunción de deuda, la delegación y otras figuras de cambio de deudor; el contrato de préstamo (interés, usura, cláusulas abusivas), el préstamo parciario (delimitación con las cuentas en participación) y el comodato; el contrato de futuros financieros; la compensación en Derecho español y en Derecho comparado; obligaciones pre-contractuales de información en Derecho español, en los PECL, en el DCFR y en la Propuesta CESL; el cobro de lo indebido; los frutos en el Código civil; la adquisición industrial inmobiliaria.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
OBJETIVA: PARTE GENERAL

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL

XABIER BASOZABAL ARRUE



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2015

Primera edición: octubre de 2015



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Xabier Basozabal Arrue
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 007-15-110-5

ISBN: 978-84-340-2237-9

Depósito legal: M-27329-2015

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A Fernando Pantaleón,
con agradecimiento*

ÍNDICE

Páginas

CAPÍTULO PRIMERO: COMPOSICIÓN DE LUGAR

1.	Comenzando por el Código civil español	13
2.	El caso francés	17
3.	La tradición anglosajona	22
4.	La perspectiva germánica	25
5.	Legislación española extracodicial	29
6.	Jurisprudencia española	38
7.	Retos actuales	44
7.1	La posibilidad de adoptar una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas	44
7.2	La responsabilidad de la empresa y los artículos 147 y 148 TR LGDCU	46
7.3	Estructura del trabajo	51

CAPÍTULO SEGUNDO: FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1.	Riesgo anormal	55
2.	Inoperancia del juicio de negligencia	57
3.	Comunidad de riesgo	59
4.	<i>Cuius commodum, eius damnum</i> y otros argumentos económicos	61
5.	Justicia distributiva	64
6.	Otros argumentos	66
7.	Algunas propuestas	68
8.	Verificación de las propuestas	72

CAPÍTULO TERCERO: ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1.	Planteamiento	75
2.	El fin de protección de la norma	84
	2.1 Navegación aérea	89
	2.2 Ferrocarril	94
	2.3 Transportes terrestres en el artículo 148 TR LGDCU	98
	2.4 Animales	104
	2.5 Recapitulación	108
3.	Causas de exoneración	109
	3.1 Fuerza mayor	111
	3.1.1 Fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario	114
	3.1.2 Hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto	115
	3.1.3 Caso fortuito	118
	3.1.4 Acto de un tercero	119
	3.2 Culpa de la víctima	124
4.	El daño cubierto: bienes jurídicos, personas, cuantías	133
5.	Sujeto responsable	142
6.	Una reflexión	146

CAPÍTULO CUARTO: LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR ACTIVIDADES ANORMALMENTE PELIGROSAS

1.	Generalidades	149
2.	Principales argumentos a favor de una cláusula general	151
3.	Argumentos en contra de una cláusula general	155
4.	Propuestas de cláusula general	156
5.	Recapitulación	160

CAPÍTULO QUINTO: LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.	La «doctrina del riesgo»	163
2.	Grupos de casos	180
	2.1 Pasos a nivel	180
	2.2 Explosiones por fugas de gas	183

2.3 Incendios y otros casos en los que se desconoce la causa del siniestro	195
2.4 Recapitulación	203
2.5 Animales	204
2.6 Otros supuestos de responsabilidad objetiva en el Código civil: artículos 1908, 2.º y 3.º, 1910	208
2.7 Navegación aérea	215
2.8 Productos defectuosos	222
2.9 Servicios sanitarios	226
2.10 Otros: caídas en transporte urbano, ascensores	236
3. Reflexión final y algunas conclusiones	239
BIBLIOGRAFÍA	247

CAPÍTULO PRIMERO*

COMPOSICIÓN DE LUGAR

1. COMENZANDO POR EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Referencias a una responsabilidad civil extracontractual *objetiva*, entendida por ahora simplemente como independiente de culpa en quien causa el daño, pueden encontrarse en contextos bien diferentes: legales, jurisprudenciales y doctrinales. Comenzando por el Código civil español, la doctrina dominante acepta hoy que en los artículos 1905 a 1910 «el criterio básico de responsabilidad establecido difiere del previsto en los artículos 1902 y 1903 CC, y oscila entre la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y la *responsabilidad objetiva*»¹; y más concretamente, se asume que de los daños causados por animales (art. 1905), humos excesivos y caída de árboles en lugares de tránsito (art. 1908, 2.º y 3.º), y por objetos caídos o arrojados desde edificios (art. 1910) se responde sin necesidad de culpa². Sin embargo, no fue esta la interpretación originaria de estos preceptos.

* Trabajo incardinado dentro del Proyecto «Cómo repensar la responsabilidad extracontractual objetiva» (DER 2009-12356; IP: Dr. D. Antonio Cabanillas Sánchez), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ, J., «Comentario al artículo 1905», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 2063.

² La terminología para referirse a este tipo de responsabilidad no es uniforme. Por ejemplo, R. DE ÁNGEL se hace eco de expresiones jurisprudenciales cuando explica que en estos casos «existe una responsabilidad que hoy llamaríamos «no culpabilista o por riesgo», o dicho de otro modo, una responsabilidad objetiva atenuada (esto último, porque el Código civil deja a salvo causas de exoneración, siquiera sea por fuerza mayor)» («Comentario al artículo 1905», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, págs. 2038 y 2039). Para M. MARTÍN-CASALS, «sería absurdo (...) pretender sustituir expresiones como la de responsabilidad objetiva por la de responsabilidad estricta (*strict liability*)»

En los primeros comentarios exegéticos al Código civil, se da por hecho que los artículos 1903 a 1910 giran en torno a la cláusula general del artículo 1902 CC, con la excepción del artículo 1905, que hace responder aunque se pruebe el actuar diligente del poseedor del animal, o de quien se sirve de él. Manresa lo explica de este modo: «si el propietario de un edificio puede prevenir su caída y los daños consiguientes con la cuidadosa construcción del mismo o su oportuna reparación, no sucede lo mismo con los daños provenientes de dicha clase de animales [los que se poseen o se usan], porque nadie puede contrarrestar en los brutos la fuerza imperiosa de los irresistibles instintos, aun adoptando la mayor prudencia»³; con culpa o sin ella, «al tener en su poder dicho animal, o al usarle, ya sabían a lo que podían exponerse»⁴. En el resto de supuestos –artículos 1906 a 1910– el Código hace responder por culpa y no introduce novedad alguna en cuanto a la carga de la prueba⁵. Lo que ocurre en algún caso es que la culpa queda embebida en el supuesto de hecho; así, en el artículo 1910 se responde «por la falta de cuidado *que revela* el que desde su casa llegue a arrojarse objetos que causen daño (...) sin evitarlo»⁶.

Como observa F. Pantaleón sobre el artículo 1910 CC, «dicho precepto *presupone al menos una acción u omisión objetivamente negligente*, bien del cabeza de familia, bien (y esta es la única “objetividad” de la responsabilidad que nos ocupa) de cualquier otra persona que conviva o *esté transitoriamente* en la vivienda. (...) Puede decirse que el artículo 1910 consagra una responsabilidad objetiva, pero solo si se añade que se trata de una responsabilidad objetiva por hecho (objetivamente) negligente de un tercero. (...) El fundamento de la responsabilidad establecido en el artículo 1910 se encuentra en el hecho de ser el cabeza de familia quien controla la esfera (especialmente definida) del riesgo. Se trata de

(«La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011, pág. 18, nota 20). Sin embargo, BARROS BOURIE E. prefiere hablar de responsabilidad estricta, «para evitar una asociación impropia con un concepto subjetivo de la culpa» (*Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2006, pág. 446). En mi opinión, responsabilidad objetiva es un término suficientemente claro y arraigado entre nosotros y no parece conveniente sustituirlo por otro. En la misma línea, KOCH, B. A., en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (traducción coord. por MARTÍN-CASALS, M.), Thomson-Aranzadi: Cizur Menor, 2008, pág. 144.

³ MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, XII, 3.ª ed., Madrid, 1921, pág. 661.

⁴ MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 667. En págs. 661 a 664 ofrece algunos argumentos –el mero hecho de su posesión, que podría interpretarse como un consentimiento implícito, la regla *cujus commoda eius incommoda*, un principio de equidad natural de interés social, no de estricta justicia– por los que debería «responder del daño el que obtiene de él utilidad y ventaja, pues teniendo que soportar necesariamente dicho daño una de las dos partes (...) se considera más equitativo que sufra las consecuencias del daño el que tiene el animal para su provecho o servicio».

⁵ MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 677.

⁶ MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 687.

una responsabilidad por riesgo por las conductas dolosas, culposas u objetivamente negligentes de las personas (mayores o menores de edad, dependientes o no) que se encuentran en la vivienda. Se determina así a quién imputar los descuidos que tengan lugar en la vivienda y causen daños; no exonera señalar al mayor de edad culpable del daño, solo la fuerza mayor»⁷. Desde esta perspectiva, están a cargo del cabeza de familia los daños por filtraciones de agua procedentes de su vivienda que se hayan producido por dejar grifos abiertos, pero no por roturas o reventones *fortuitos* de grifos, cañerías, etc.

J. Puig Brutau ahonda en el fundamento de las reglas del Código en las que, al menos literalmente, no se exige la culpa, y distingue según supuestos. En su comentario al artículo 1905 afirma que «siempre han existido unas actividades peligrosas y, sin embargo, permitidas. Por consiguiente, todo daño que resulte del riesgo normalmente inherente a las mismas, ha de dar lugar a la obligación de indemnizar a cargo de la persona a la que ha sido permitido observar la conducta peligrosa. En lugar de hablar de culpa, ni tan siquiera presunta, debe reconocerse que ciertos casos de responsabilidad estricta representan *el precio que alguien debe pagar a cambio de serle permitida una actividad o conducta de la índole expresada*». Estos riesgos que se permiten «a cambio» de una responsabilidad agravada —continúa el autor— son siempre supuestos típicos, pues así como la responsabilidad por culpa queda delimitada en su aplicación por un «test de negligencia», la objetiva debe estarlo por un «test de tipicidad»⁸.

Fuera de ese supuesto, le parece que no existe una verdadera contraposición entre la responsabilidad por culpa del artículo 1902 y la responsabilidad que regulan los artículos 1906 a 1910, tampoco en los supuestos que hoy tendemos a interpretar en clave objetiva. Aquél consagraría un principio muy general necesitado para su aplicación de una importante labor de concreción, y éstos contendrían reglas precisas de aplicación de ese principio; más concretamente, los últimos tipificarían hechos que generan responsabilidad porque hablan por sí mismos (*res ipsa loquitur*) de la existencia de culpa en el demandado⁹. Se trataría de comportamientos típicos objetivamente culposos que, por la misma configuración del supuesto de hecho, no podrían quedar desvirtuados (descargados de responsabilidad) sino por eventos que consideraríamos de fuerza mayor. De ahí que no se trate tanto de probar o no la culpa, como de

⁷ PANTALEÓN, F., «Comentario a la STS de 12 de abril de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 5, abril-agosto 1984, n.º 133, págs. 1610 y 1611.

⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II-2.º, *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1956, pág. 694. Por influencia anglosajona, el autor utiliza la expresión «responsabilidad estricta».

⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., pág. 700.

probar la concurrencia de los elementos del supuesto de hecho típico al que el legislador ha incorporado la culpa y asignado la responsabilidad.

La caída de árboles en lugares de tránsito constituye un riesgo que el hombre puede controlar con su diligencia, salvo en casos que, de ocurrir, no dudaríamos en calificar como de fuerza mayor; por ello resulta lógico establecer que los daños que causen aquéllos se resarzan –por culposos– salvo en estos casos. El codificador ha querido que la culpa quede embebida en el supuesto de hecho de los árboles que causan daños *en lugares de tránsito*, esto es, allí donde la potencialidad de dañar a terceros es mayor y, por tanto, donde es exigible una diligencia que tenga en cuenta esta circunstancia. Sin embargo, de los daños causados por caídas de árboles dentro de la propia finca se responde por culpa, y ésta no se encuentra encerrada en el supuesto de hecho. Esta reflexión nos pone sobre la pista de la importancia de delimitar el ámbito de aplicación de la regla específica de responsabilidad (el riesgo cubierto), y de la «dependencia» del supuesto codificado respecto de la responsabilidad por culpa (incorporada o no al supuesto de hecho).

Entre las explicaciones actuales para estas reglas de responsabilidad más severa que no se hace depender de un juicio de negligencia (objetiva) sobre la conducta del causante del daño, R. de Ángel pone de relieve que en la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual «la cosa usada en la producción del perjuicio presenta siempre el carácter de simple instrumento del humano actuar, siendo éste el único elemento digno de valoración a la hora de juzgar sobre la resarcibilidad del daño»; sin embargo, en los artículos 1905 a 1910 «la cosa que produce materialmente el daño se halla, por así decirlo, como desprendida o independizada de la actuación positiva del hombre; en otros términos, la cosa ocasiona el perjuicio en situaciones en que la persona no gobierna su funcionamiento o actividad»¹⁰. Desde esta perspectiva, la *ratio* de estos preceptos estaría, bien en la idea de riesgo intrínseco (animales) y, ligada a ésta, la de beneficio obtenido gracias a la actividad que genera el riesgo (humos excesivos en una explotación industrial), bien en lo que se ha denominado responsabilidad «por el hecho de las cosas», que se pone a cargo de su propietario o «guardián» (edificios, árboles, objetos arrojados o caídos).

Dice P. del Olmo que, por influencia de la jurisprudencia francesa, «los artículos 1905 a 1910 se han utilizado en nuestra doctrina y jurisprudencia para basar una regla de responsabilidad por los hechos de las cosas que se pone a cargo de su guardián o custodio con independencia de su diligencia y atendiendo muchas veces al riesgo que suponen esas cosas para el resto de ciuda-

¹⁰ DE ÁNGEL, R., «Comentario al artículo 1905», cit., pág. 2037.

danos», de modo que el propietario de las cosas tenga «el deber de mantenerlas en estado de no causar daños a los demás» sin que su responsabilidad deba depender de que su conducta se adecue a un estándar de diligencia exigible¹¹. Con expresión alambicada, el Fundamento de Derecho 4.º de la STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989/5297) es buena muestra de esa tendencia:

«[L]a misma evolución de los tiempos, en pos de robustecer más el principio de que, en lo posible, se impidiera que ningún dañado quedara indemne con la adecuada tutela efectiva judicial –artículo 24.1 CE– o, en otras palabras, que ante la producción de un daño debía, a toda costa, encontrarse la persona responsable, haya o no participado en su causación voluntaria de la acción, culminó, en un reino ya de progreso o solidez de los principios de solidaridad social, en el advenimiento o de la llamada *responsabilidad por riesgo*, o bien de la *responsabilidad por el uso de las cosas*, en las que ya descolgado el nexo de imputación del modelo voluntarista la conquista de aquella ecuación daño igual a responsabilidad, determinó que, en cualquier caso, cuando ese daño se produce a consecuencia de la presencia del damnificado en un mundo en que está o actividad económica al que sirve, el dueño o lucrado con esa actividad, debe responder –siempre para los dogmas ya clásicos del «*ibi emolumentum ubi onus*» o «*eius commoda eius incommoda*»–, o bien, en una versión más progresista o actual, que si el daño deriva del uso o contacto con las cosas, el autor/dueño de esas cosas debe responder, como si estuviesen las mismas vivificadas y fuesen las causantes de aquel daño».

Se observa a primera vista que entre aquellas primeras interpretaciones y otras más recientes se abre una brecha importante a favor de una mayor aceptación de la responsabilidad objetiva: ¿Qué ha ocurrido entretanto? ¿Realmente se ha producido este viraje en nuestro Derecho? ¿Son «el riesgo» inherente a una actividad cualquiera o la posición de «garante» sobre las cosas que causan el daño fundamentos (objetivos) de imputación subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual, más allá de los límites interpretativos de los artículos 1905 a 1910 CC?

2. EL CASO FRANCÉS

En Francia, la situación de partida no había sido distinta. El párrafo primero del artículo 1384 del *Code* («Se responde no sólo del daño que se causa por hecho propio, sino también por el que se cause por el hecho de las personas

¹¹ DEL OLMO, P., «Comentario al artículo 1905», en CAÑIZARES, A., DE PABLO, P., ORDUÑA, J. y VALPUESTA, R. (dir), *Código civil comentado*, IV, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 1481.

de las que se debe responder, *o de las cosas que se tienen bajo su guarda*) no tenía otro propósito que el de servir de introducción a la responsabilidad por hecho ajeno y a ciertos supuestos de responsabilidad por daños causados por animales y cosas, que el texto legal desarrollaba a continuación, y que se interpretaron inicialmente en clave de culpa¹². Sin embargo, a finales del siglo XIX, ante el avance de realidades con un potencial de dañar desconocido hasta entonces –sobre todo, accidentes laborales y de circulación–, nacieron algunas doctrinas con la pretensión de superar la barrera dogmática del principio «ninguna responsabilidad sin culpa». Este es el contexto en el que surgen tanto la «doctrina del riesgo» como la llamada «responsabilidad por el hecho de las cosas»¹³.

En efecto, los accidentes de trabajo planteaban problemas que una responsabilidad civil entendida como regla de reparación interindividual de daños causados culposamente no estaba preparada para resolver. Esto llevó a autores como Saleilles y Josserand a defender la idea de que el objeto de la responsabilidad civil debía entenderse más ampliamente como la obligación de asumir la carga de los riesgos que la actividad humana fuera susceptible de engendrar para terceros, al menos en la medida en que esa actividad fuera fuente de beneficio para quien la ejercita. Ph. Brun apunta que esta propuesta constituye una verdadera conmoción conceptual: la reparación ya no se hace girar en torno a la necesidad de imputar subjetivamente (dolo o culpa) el daño a quien lo ha causado, sino sobre la base de un principio de distribución de costes sociales ligado a una percepción estadística de la realidad de los daños; y concluye que la teoría del riesgo y el derecho de la responsabilidad civil son

¹² BRUN, PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris: Litec, 2005, págs. 209 a 211.

¹³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, *La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 107 y ss. Con su habitual magisterio, el autor expone una síntesis certera: «Puede establecerse la hipótesis de que los primeros esbozos de lo que después se conoció con el nombre de doctrina del riesgo, fue históricamente una consecuencia del tratamiento de los accidentes de trabajo. Los primeros planteamientos de la doctrina del riesgo se debieron, en Francia, a los trabajos de Saleilles y Josserand y fueron después desarrollados por el autor últimamente citado. La llamada doctrina del riesgo se formuló 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 que buscar si ha existido o no culpa por 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. La teoría del riesgo fue, sin embargo, objeto de muy duras críticas», también por los absurdos a los que podía conducir. «No pueden generalizarse las ideas creadas por el régimen de accidentes de trabajo, porque este último sólo se puede comprender como pieza de un sistema especial. A pesar de lo cual, la teoría siguió experimentando un importante éxito, sobre todo en materia de automóviles y de daños causados por inmuebles». (...) «[L]a jurisprudencia francesa, para llegar a resultados similares a aquellos en que la colocaría la aceptación de la doctrina del riesgo, acudió a la regla contenida en el artículo 1384 que hace responsable a la persona no sólo del daño que causa por su propio hecho, sino también del que causan las cosas que tiene bajo su guarda: la llamada responsabilidad del guardián de la cosa por los daños causados por las cosas inanimadas».

inconciliables, puesto que también lo son sus lógicas internas¹⁴. Con palabras de F. Pantaleón, la propuesta de dotar a determinados ámbitos de actividad potencialmente dañosa de un sistema de cobertura social para quienes los sufran hace que la responsabilidad civil extracontractual deje de ser una institución elemental de Derecho Civil, nacida con la modesta finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañantes y dañados, para convertirse en un polivalente instrumento de Ingeniería Social¹⁵.

Como se ha dicho, el *Code* no pretendía formular en el artículo 1384.1 un principio general de responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas. Fue la consideración de la suerte de las víctimas en accidentes de trabajo y circulación¹⁶, y el número y gravedad de los daños causados –muerte, lesiones–, la que empujó a la jurisprudencia a realizar una lectura nueva y audaz del precepto¹⁷. Pero resultaba inevitable que, cuando con el tiempo el legislador regulase la responsabilidad del empresario o del usuario de vehículos a motor en leyes especiales, ya no iba a resultar posible frenar el desarrollo de una jurisprudencia que para entonces se encontraba extendida con enorme generosidad fuera del ámbito de los riesgos típicos iniciales, y que servía para reparar no sólo las lesiones a algunos bienes de la personalidad, como la vida o la integridad física, sino también el daño moral y el puramente patrimonial¹⁸.

Por otro lado, cuando llegaron las leyes encargadas de regular las realidades que habían hecho nacer aquellas teorías, no se limitaron a establecer una

¹⁴ BRUN, PH., *Responsabilité...*, cit., págs. 91 y 92.

¹⁵ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», en MORENO MARTÍNEZ J. A., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, 2000, págs. 448 y 453: «La responsabilidad civil extracontractual no es, no debe concebirse como un polivalente (preventivo, redistributivo) instrumento de Ingeniería Social, sino como una institución elemental del Derecho Civil, que contempla el daño como un problema interindividual entre dañante y dañado y obliga al primero a indemnizar al segundo cuando existe una razón de justicia conmutativa (ante todo «culpa», pero también «actividad lucrativa especialmente peligrosa» y «sacrificio en interés ajeno») que así lo exige».

¹⁶ Es muy significativo que los dos casos guía a partir de los cuales se construye esta doctrina jurisprudencial sean respectivamente un accidente laboral (*Arrêt Teffaine*, de 1896) y un accidente de circulación (*Arrêt Jand'heur*, de 1930).

¹⁷ GALAND-CARVAL, S., «France», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of tort law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, pág. 135: la sola justificación de la regla del artículo 1384.1 *Code* descansa en la voluntad de los jueces de facilitar la compensación en casos de muerte o daño personal. Es la particular naturaleza del daño la que justifica, en este área, la imposición de responsabilidad objetiva en el custodio de la cosa.

¹⁸ GALAND-CARVAL, S., «France», cit., pág. 139. Como explican MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., en la actualidad la aplicación de esta doctrina jurisprudencial sólo requiere que una cosa, mueble o inmueble, sea el «hecho generador» del daño; ni siquiera es necesario que la cosa haya entrado en contacto con la persona o con la cosa que resultan dañados, si bien en este caso ha de haber desempeñado un papel activo o anormal en la causación del accidente («La responsabilidad objetiva: supuestos especiales *versus* cláusula general», en CÁMARA LAPUENTE S. [coord.], *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2003, pág. 832).

regla especial *de responsabilidad civil extracontractual* (una forma distinta de responder, de imputar subjetivamente los daños causados), sino que instauraron algo mucho más complejo que incluía la obligación de asegurarse por parte de quienes participaban en la «comunidad de riesgo» (los empresarios y trabajadores, los conductores) y la tasación de las cuantías indemnizables. Regulaban, por tanto, verdaderos sistemas de *seguridad social* para daños típicos ligados a determinadas actividades.

De este modo, en materia de responsabilidad civil extracontractual, a la regla general de responsabilidad por culpa del Código se sumaban, de una parte, otra regla –si no general, sí generalizada– de responsabilidad objetiva «por la guarda de las cosas», creada por la jurisprudencia, y algunas leyes especiales que, bien incorporaban reglas de responsabilidad objetiva, bien instauraban verdaderos sistemas de cobertura social para daños causados por accidentes¹⁹. Entre otras cuestiones que surgen necesariamente de esta compleja situación, una merece especial atención: ante dos reglas generales, ¿en qué casos se responde por culpa –*por infringir* una norma de cuidado– y en cuáles por el hecho de las cosas –*por ser* su «guardián»–?

Para Ph. Le Tourneau, la obligación de reparar el daño causado por una cosa pesa sobre aquél que ha tenido la iniciativa de introducirla en el tráfico material y jurídico, en general para obtener alguna ventaja; por lo tanto, su fundamento reside, más que en la teoría del riesgo, en la teoría de la *garantía* propuesta por B. Starck, según la cual, se garantiza a los terceros la reparación de los daños que provengan del uso de la cosa²⁰. Ph. Brun advierte, en su valoración de esta teoría, que la idea de un derecho de garantía, o de un deber de seguridad, responde a la lógica de los contratos por lo que, en principio, es ajena a la reparación (extracontractual) y podría pervertir la lógica del derecho de la responsabilidad civil²¹. Sin negar lo acertado de esta apreciación, resulta excesivo afirmar que es algo *ajeno* a la idea de reparación; más bien se trata de una obligación de responder propia de la lógica contractual, que resulta decisiva para explicar algunos fenómenos que son también propios de la responsabilidad extracontractual, como la responsabilidad por producto defectuoso.

Con todo, la idea de garantía, como aceptan incluso quienes la proponen, sirve quizá para explicar la responsabilidad de quien introduce cosas en el

¹⁹ Además del *Code*, que adopta reglas interpretadas como objetivas para los animales y los edificios (arts. 1385 y 1386), hay leyes que establecen reglas de responsabilidad objetiva para: accidentes laborales, accidentes de circulación, productos defectuosos, navegación aérea y otros transportes, plantas nucleares y experimentos médicos (GALAND-CARVAL S., «France», cit., pág. 133).

²⁰ LE TOURNEAU, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6.^a ed., Paris: Dalloz, 2006, pág. 1372, n.º 7694.

²¹ BRUN, Ph., *Responsabilité...*, cit., pág. 94.

tráfico para que otros las usen, pero poco puede decir sobre la responsabilidad por los daños que causan los edificios o los árboles, cuyos propietarios no responden porque hayan garantizado nada a los viandantes, sino porque pudieron evitar los daños con su diligencia; ni con la responsabilidad por los daños originados por objetos arrojados o caídos desde una vivienda, en la que se hace responder vicariamente al cabeza de familia por la culpa –objetiva– de quien los arrojó o no evitó que cayeran²²; la diferencia es notoria incluso respecto de la responsabilidad por producto defectuoso, pues ésta gira en torno al defecto de fabricación del bien que se introduce en el mercado²³, en tanto la responsabilidad por el hecho de las cosas entendida al modo jurisprudencial francés ha prescindido de éste o de otros elementos que podrían ayudar a delimitar su ámbito de aplicación.

Con una u otra justificación, la jurisprudencia francesa llegó a crear «otro» principio general de imputación de la responsabilidad civil extracontractual y, al hacerlo, apenas tuvo en cuenta aquella regla prudencial puesta de relieve por J. Puig Brutau, según la cual, es razonable que la responsabilidad sin culpa delimite su ámbito de aplicación mediante la *tipicidad*; prescindió de construir una tipología de supuestos a los que aplicar su doctrina y consagró un principio que, por demasiado general, se ha visto abocado al casuismo en torno a qué debe entenderse por «guarda» y por «hecho de la cosa».

Hoy en día, esta generalización de la responsabilidad del guardián es objeto de numerosas críticas, tanto fuera como dentro del contexto francés²⁴. Tal y como es aplicada por la jurisprudencia francesa, no ha sido recibida ni en los países que tienen positivizada una regla como la del artículo 1384.1 *Code*²⁵. Hay autores que se manifiestan expresamente en contra de que se vea como un modelo a imitar en Europa²⁶.

²² PANTALEÓN, F., Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1984, cit., pág. 1610.

²³ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., págs. 450 y 451. SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante», en SALVADOR CODERCH P. y GÓMEZ POMAR F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 76 y ss.

²⁴ BORGHETTI, J. S., «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, enero-marzo 2010-I, págs. 1 y ss. PH. BRUN denuncia una cierta ambivalencia fundamental de la responsabilidad por el hecho de las cosas: por una parte, el dañado no debe probar la culpa del «guardián», pero por otra, la responsabilidad se hace depender de la «situación de guarda», y no de la cosa como tal, esto es, de si es peligrosa o no, defectuosa o viciada, si ha protagonizado un hecho autónomo, etc.; se responde incluso si la causa es desconocida y sólo cabe exonerarse por fuerza mayor o caso fortuito (*Responsabilité...*, cit., pág. 213).

²⁵ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 840.

²⁶ PANTALEÓN, F., «Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view “from outside”», *Indret* 3/2005, n.º 299, julio de 2005, pág. 7. WAGNER, G., «Grundstrukturen des

Antes de regresar a nuestro derecho de la responsabilidad civil extracontractual y comprobar en qué medida la experiencia francesa ha influido en su evolución, parece conveniente echar un vistazo a otros modelos, de modo que se vaya completando el panorama de posibilidades en las que situar adecuadamente el Derecho español.

3. LA TRADICIÓN ANGLOSAJONA

En el ámbito anglosajón, la moderna doctrina de la responsabilidad objetiva (*strict liability*) sigue un rastro bien distinto. Se gesta en una sentencia de 1866, *Rylands v. Fletcher*, sobre los daños causados por un «escape» de agua embalsada²⁷. El demandado había hecho construir una presa en un terreno de su propiedad. Los encargados de construirla descubrieron algunos pozos mineros cegados en el lecho de la presa, pero no se aseguraron de que éstos aguantarían cuando ésta se llenara y, efectivamente, al hacerlo se inundó la mina de carbón del demandante, que estaba conectada con aquéllos por antiguas galerías. Sin duda concurría la culpa de los contratistas/no demandados²⁸, pero no se halló culpa en el propietario/demandado, por lo que la *Court of Exchequer* lo absolvió. Sin embargo, la Cámara de la *Court of Exchequer* entendió –en la apelación– que el demandado debía responder, y el Juez Blackburn lo justificó afirmando que *la persona que, en interés propio, lleva a su tierra, acumula y conserva algo que podría dañar a otros si escapara, debería correr con el riesgo de controlarla, y si no lo consiguiera, responder prima facie por todo el daño que sea consecuencia natural del escape. Podría exonerarse probando que el escape se debió a culpa del demandante, o que se trató de fuerza mayor; pero como nada de esto ocurre aquí, es innecesario plantear qué excusa podría ser suficiente*. La *House of Lords* confirmó la sentencia con la aclaración de Lord Cairns de que se trataba de una regla para supuestos en los que se hubiese hecho un uso «no-natural» de la tierra, de manera que si el demandado hubiera usado el terreno para una finalidad que se encontrara den-

Europäisches Deliktsrecht», en ZIMMERMANN, R. (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Nomos: Baden-Baden, 2003, pág. 287.

²⁷ FLEMING, J. G., *The Law of Torts*, 7.^a ed., Sydney: The Law Book Company Limited, 1987, pág. 308.

²⁸ MARKESINIS, B. S./DEAKIN, S. F., *Tort Law*, 4.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1999, pág. 493. Según estos autores, *Rylands v. Fletcher* es un caso de negligencia de unos contratados independientes –no demandados– en el que se hace responder al propietario –demandado–, en el que no se podía apreciar culpa.

tro del ámbito de disfrute ordinario de éste, no habría tenido que responder del daño²⁹.

Aunque la regla se extendió pronto a los daños causados por fuego, electricidad, gas, explosivos, temblores de tierra y otros supuestos análogos, poco a poco se impuso una opinión contraria a su aplicación. La sentencia de la *House of Lords* de 1946, *Read v. J. Lyons & Co Ltd.*, marca el inicio del repliegue de la regla de *Rylands v. Fletcher* con una interpretación restrictiva de la expresión «escape»: los daños se habían causado por una explosión que tuvo lugar en la empresa del demandado, por lo que no podía apreciarse que algo hubiese escapado desde el ámbito de control del demandado hasta el del demandante, causando los daños. Más recientemente, *Cambridge Water v. Eastern Countries Leather*, de 1994, consolidó esta tendencia restrictiva. El demandado había almacenado grandes cantidades de ciertas sustancias químicas para su negocio y se apreció un «caso clásico» en el que se había hecho un uso no-natural de las sustancias almacenadas; sin embargo, el daño del demandante fue considerado *imprevisible* y se negó la indemnización. En esta sentencia, Lord Goff asienta la opinión de que, como regla, la tarea de establecer una responsabilidad objetiva para actividades de alto riesgo es más propia del Parlamento que de los Tribunales, pues las leyes garantizan mayor seguridad en la identificación de los ámbitos afectados y pueden establecer –si fuera necesario– los criterios de imputación y alcance de dicha responsabilidad³⁰.

La acogida de la regla de *Rylands v. Fletcher* en Norteamérica fue bastante crítica³¹, pero como apunta W. L. Prosser³², las primeras sentencias americanas que rechazaron la regla se ocupaban de casos en los que tampoco hubiese prosperado en Inglaterra; bastaba la responsabilidad por culpa y el principio *res ipsa loquitur* para favorecer la prueba de ésta. Con el tiempo, la regla se fue aceptando y llegó a influir de modo determinante. Su aplicación quedó ligada a la idea de que resulta justificado responder sin culpa cuando se trata de daños causados por cosas que se usan en un contexto que no les es natural, de cosas que por estar «fuera de su sitio» no resultan previsibles para los demás, criterio que poco a poco se fue sustituyendo por el de cosas «anormalmente peligro-

²⁹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 846 y 847.

³⁰ Los estudios de esta «regla» y su incidencia suelen detenerse en los siguientes aspectos: qué debe entenderse por un uso «no-natural» de la tierra, la noción de «cosa peligrosa» y de «escape», los daños que deben entenderse cubiertos y, con detenimiento, las excepciones oponibles (consentimiento del demandante, culpa del demandante, fuerza mayor, acto de un tercero y disposiciones legales); véase, por ejemplo, FLEMING, J. G., *The Law of Torts...*, cit., págs. 310 y ss.

³¹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 847.

³² PROSSER, W. L./KEETON, W. P., *The Law of Torts*, St Paul (Minn.): West Publishing Co., 1984, pág. 548.

sas»: es anormalmente peligrosa porque sorprende (no es natural ni, por tanto, previsible) allí donde se encuentra³³. Su importancia se refleja en que sirvió de base para el reconocimiento de una cláusula general de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas (*ultrahazardous activities*) reconocido en las sucesivas versiones del *Restatement of Torts* del *American Law Institute*: 1938 (*First*), 1977 (*Second*) y 2010 (*Third*)³⁴.

El *Restatement (First) of Torts* adoptaba la regla de *Rylands v. Fletcher*, pero ya no hablaba de un uso «no-natural» de la tierra, sino de una actividad *anormalmente peligrosa* del demandado, definida como aquella que «implica necesariamente un riesgo de daño grave a la persona, tierra o cosas de otros, que no puede ser eliminado por el ejercicio del cuidado más extremo y que no es un asunto de uso común». No hay una mención expresa a la necesidad de considerar la cosa en sus circunstancias; se insiste en la peligrosidad y en la imposibilidad de controlar el peligro con la diligencia³⁵; con todo, no se deja de tener en cuenta la relación entre la cosa y su entorno: así, para juzgar del uso de explosivos en la montaña basta con la negligencia, pero si se trata del centro de una ciudad, la responsabilidad debe ser objetiva³⁶. El *Restatement (Second)* es un intento de combinar la regla del primero con algunas ideas originales de Prosser sobre el uso «no-natural» o «extraordinario», y la doctrina entiende hoy unánimemente que se trató de un intento fallido³⁷. Frente al modelo del primer *Restatement*, que podría considerarse de «requisitos» o condiciones de aplicación de la regla, el segundo optó por una lista de seis factores o elementos: *a*) el elevado riesgo de que se produzca el daño, *b*) la probabilidad de que, de producirse, sea grave, y *c*) la imposibilidad de eliminar el riesgo mediante una conducta diligente (los primeros tres elementos ya se encontraban en el primer *Restatement*); *d*) la consideración sobre en qué medida la actividad no se practica de modo generalizado, *e*) la falta de adecuación de la actividad al lugar en que se lleva a cabo y *f*) la consideración sobre en qué medida la peligrosidad de la actividad supera su valor social (los tres últimos son los nuevos factores). El hecho de que no funcionaran a modo de requisitos o condiciones, esto es, que se pudieran combinar sin unas reglas claras sobre cuándo o cuántos podían justificar la responsabilidad objetiva, y también el hecho de que algunos de ellos acercaran la labor del juez al juicio de negligencia, hicieron que desde el principio recibiera duras críticas. Quizá por ello, el tercer *Restatement* vuelve a hacer una propuesta más cercana a la originaria. Lo relevante para calificar una actividad como anormalmente peligrosa es que ésta cree un riesgo previsible y alto de causar daño físico (a las personas o a las cosas, pero excluyendo el puramente económico), aunque se hayan adoptado

³³ PROSSER, W. L./KEETON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., pág. 551.

³⁴ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 847 a 849.

³⁵ PROSSER, W. L./KEETON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., pág. 551.

³⁶ PROSSER, W. L./KEETON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., pág. 554.

³⁷ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 848.

las medidas de diligencia exigibles y siempre que no se trate de un asunto de uso común³⁸.

A modo de síntesis, en el Derecho inglés la responsabilidad objetiva se limita al ámbito de leyes especiales³⁹ y, excepcionalmente, a las decisiones judiciales que adopten la regla de *Rylands v. Fletcher*; en el estadounidense, además de las leyes especiales⁴⁰, la regla quedó consagrada por los sucesivos *Restatements* en una cláusula «general» de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas. Aunque resulte evidente, esta cláusula general tiene poco que ver con la responsabilidad por el hecho de las cosas del Derecho francés, que en su evolución se había alejado por completo de las situaciones de riesgo que habían motivado su nacimiento. G. Wagner lo expresa así: a grandes rasgos, ambas comparten que la responsabilidad no depende de culpa y que su límite está representado por la fuerza mayor, pero a partir de aquí todo son diferencias⁴¹.

4. LA PERSPECTIVA GERMÁNICA

La inquietud por formular una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades con un riesgo extraordinario ha sido también muy viva en

³⁸ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 849 y 550: «Por supuesto es de práctica generalizada o común (*common usage*) aquella actividad que en una determinada comunidad practica un número elevado de sus miembros (por ejemplo, la conducción de automóviles). Mas también es de práctica común aquella que lleva a cabo un número limitado de actores (por ejemplo, distribución de gas o de electricidad) pero que es omnipresente en la comunidad y que, por ello, provoca que un gran número de sus miembros se relacione con ella aunque no la practique. Finalmente, también pertenece a esta categoría aquella actividad que, sin ser omnipresente, resulta familiar a los miembros de la comunidad».

³⁹ Materias afectadas por las leyes especiales: escapes de agua, fuego, gas, residuos, escapes de crudo en el mar, tuberías subacuáticas, transporte aéreo, animales, productos defectuosos y seguridad en el trabajo, la principal fuente legal de responsabilidad por daños. ROGERS, W. V. H., «England», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 106 y 107.

⁴⁰ Materias afectadas por las leyes especiales: accidentes laborales, accidentes nucleares, en algunos estados los animales cuyo dueño sepa o deba saber que tienen una tendencia peligrosa, productos defectuosos. SCHWARZ, G. T., «United States», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002., pág. 354.

⁴¹ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 283. El artículo 1384.1 *Code* vale para todo tipo de cosas, muebles o inmuebles, en movimiento o paradas, en contacto o no con la víctima, con o sin defectos, con o sin una peligrosidad intrínseca. Dice la doctrina que «toda cosa puede ser peligrosa». Poco tiene esto que ver con una responsabilidad objetiva por fuentes de especial riesgo. CHARBONIER intentó en 1984 restringir el ámbito de aplicación del artículo 1384 a las cosas peligrosas y su propuesta no fue acogida. Por otro lado, esta interpretación del artículo 1384 no ha evitado el desarrollo de leyes especiales que establecen supuestos de responsabilidad objetiva en Derecho francés, luego tampoco ofrece un modelo unificado.

el contexto jurídico germánico. Si se piensa en que no pocas leyes especiales que establecen reglas de responsabilidad objetiva son anteriores al BGB (que apenas regula como supuesto de responsabilidad objetiva el de algunos animales), y que se fueron sucediendo después de la entrada en vigor de éste, se comprende con facilidad que durante mucho tiempo la responsabilidad objetiva estuviese ligada al llamado *Ennumerationsprinzip*, esto es, a la regla de supuestos legales tasados (*numerus clausus*)⁴². Sin embargo, a medida que crecía el número de supuestos legales de responsabilidad objetiva (22 en el año 67), aumentaba también la preocupación doctrinal por la posible falta de coherencia de un sistema que acarreaba evidentes dificultades: delimitación del ámbito de aplicación de cada norma, agravio comparativo entre los supuestos regulados y los cercanos o equiparables que quedaran fuera de su ámbito de aplicación, etc. Como aprecia H. Koziol, en el fondo se trata de si la justicia requiere que la responsabilidad independiente de culpa sea unitaria o, al menos, se encuentre unitariamente regulada, cuestión a la que el citado autor responde afirmativamente y para la que se ha propuesto durante tiempo, como solución, el reconocimiento de una cláusula general de responsabilidad objetiva para actividades anormalmente peligrosas⁴³.

En las últimas décadas se han sucedido numerosas versiones y propuestas de formulación de una cláusula general de responsabilidad objetiva por especial peligrosidad (*Gefährdungshaftung*), aunque hasta la fecha ninguna haya llegado a positivizarse en Alemania, ni en Austria ni en Suiza. Dicha cláusula se ligó inicialmente a ciertos objetos (medios de transporte, materiales, energías, instalaciones técnicas, etc.) capaces de generar un riesgo elevado de causar daños a la propiedad y la integridad física, y se caracterizó como una responsabilidad de «titulares» de dichos objetos, que poco a poco se fue abriendo a la posibilidad de vincularse a determinadas «actividades» peligrosas y a sus responsables⁴⁴. Con la cláusula se trata de evitar, por una parte, que se utilice la responsabilidad por culpa para llegar a soluciones propias de la responsabilidad objetiva a costa de deformar las reglas de aquélla (por ejemplo, aumentando de forma poco razonable los deberes de cuidado); por otra, el

⁴² Las principales materias de estas leyes: cables eléctricos, tuberías subacuáticas, plantas nucleares, algunos transportes (trenes, vehículos, transporte aéreo), animales de lujo y ciertos animales salvajes, material radioactivo, minería, contaminación del agua, contaminación del aire, caza, productos defectuosos, ingeniería genética, etc. FEDTKE, J. y MAGNUS, U., «Germany», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, pág. 155.

⁴³ KOZIOL, H., *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Wien: Jan Sramek Verlag, 2010, pág. 236.

⁴⁴ CANARIS C W./LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13.ª ed., München: Beck, 1994, pág. 611.

recurso a la analogía (que sólo se ha visto como una opción legítima en Austria y ahora en los PETL –artículo 5:102–, por influencia austríaca); y finalmente, que el legislador tenga que legislar de manera inmediata sobre situaciones nuevas⁴⁵. Entre las propuestas se han barajado dos alternativas, llamadas solución grande y solución pequeña, según fuesen a suplantarse o convivir con las leyes especiales que ya existían; y también se ha disputado sobre el mejor modo de formular la cláusula, esto es, de identificar las fuentes de riesgo a las que debería quedar asignada la responsabilidad objetiva: acudiendo a un listado de objetos en los que concurre un riesgo extraordinario (medios de transporte, energías, instalaciones técnicas o equipos, determinadas sustancias, etc.) o a un concepto más abstracto de «actividad anormalmente peligrosa».

Entre las cláusulas propuestas últimamente, M. Martín-Casals y J. Ribot ponen de relieve la del Proyecto suizo de 2000 –abandonado en 2009–, que guarda un marcado parentesco con los *Restatements* norteamericanos. En efecto, su artículo 50 («Responsabilidad por riesgo») contiene una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas en la que encontramos los elementos propuestos por aquéllos, con ligeras variantes⁴⁶. En una línea similar se pronuncia también el § 1304 del Proyecto austríaco⁴⁷, o la cláusula italiana de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas

⁴⁵ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Köln: Bundesanzeiger, 1981, pág. 1786.

⁴⁶ Artículo 50 del Proyecto Suizo de 2000: (1) La persona que explota una actividad particularmente peligrosa por el riesgo que comporta es responsable de cualquier daño que resulte de la realización del riesgo característico inherente a tal actividad, aun cuando esa actividad esté tolerada por el ordenamiento jurídico. (2) Una actividad se considera particularmente peligrosa si, por su propia naturaleza o por la de las sustancias, instrumentos o energías empleadas en ella, es susceptible de causar daños frecuentes o graves, a pesar de emplearse toda la diligencia que cabe esperar de una persona especializada en ese campo; tal conclusión se justifica, en particular, en aquellos casos en que otra ley establezca ya una responsabilidad especial para un riesgo parecido. (3) Lo anterior no afecta a las normas especiales a las que se sujeta la responsabilidad por un riesgo característico determinado.

⁴⁷ § 1304 del Proyecto austríaco: (1) El operador de una fuente de alto riesgo responde en la medida en que éste se haya realizado y causado un daño. (2) Para determinar quién es el operador se tiene en cuenta quién tiene un particular interés en esa fuente de peligro, quién corre con los gastos y quién dispone efectivamente de la misma. (3) Existe una fuente de alto riesgo cuando el uso habitual de una cosa o una actividad acarrea un riesgo de provocar daños numerosos o graves, aunque se despliegue la debida diligencia en el uso o actividad. Son fuentes de alto riesgo, especialmente, las plantas atómicas, vertederos, conducciones de crudo, gas y electricidad, fábricas y almacenes de municiones, aeroplanos, ferrocarriles, vehículos (también acuáticos), minería y demoliciones. (4) La responsabilidad se excluye cuando el daño es causado por fuerza mayor o si se hubiese causado igualmente aunque no hubiera defecto en la cosa y se hubiera puesto la diligencia más alta posible (caso fortuito); especialmente, cuando se pueda imputar al comportamiento del dañado, a un tercero no implicado en la empresa o a un animal. En casos de riesgo anormalmente alto, como en plantas atómicas, vertederos, aeroplanos o fábricas de explosivos, la responsabilidad puede reducirse en proporción al grado de peligrosidad. Lo mismo vale cuando el caso fortuito eleva significativamente la peligrosidad de una cosa en esa concreta situación (riesgo empresarial extraordinario). (5) La responsabilidad puede también excluirse o disminuir, cuando el dañado hizo propio el riesgo de forma consciente y particular.

del artículo 2050 *Codice*⁴⁸, que aunque literalmente da a entender que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, ha sido interpretada y aplicada como propia de una responsabilidad objetiva⁴⁹.

Encontramos finalmente el mismo aire de familia en los PETL (art. 5:101, *Abnormally dangerous activities*), que reservan el primer precepto sobre «responsabilidad objetiva» a las «actividades anormalmente peligrosas». También aquí se responde objetivamente del daño causado por el riesgo típico que resulte de ella, reputándose «actividad anormalmente peligrosa» la que crea un riesgo previsible y significativo (en atención a la gravedad o a la probabilidad) de daño aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y no se trate de una actividad de uso común.

Tanto los *Restatements* como el Proyecto suizo, el austríaco o los PETL pivotan sobre el concepto de «actividad anormalmente peligrosa» (el modelo italiano no requiere este matiz extraordinario), entendiendo por ésta la que sea susceptible de causar daños graves o frecuentes a pesar de haberse adoptado la diligencia exigible (en el caso suizo, según un parámetro específico de diligencia profesional), y excluyendo la que se haya convertido en actividad común o habitual; en los comentarios a los PETL se añade que debe tratarse de un riesgo previsto o previsible al poner en marcha la actividad peligrosa, en la línea de la previsibilidad (*foreseeability*) de la tercera versión del *Restatement*⁵⁰. Se entiende –el modelo suizo lo dice expresamente– que el daño ha de ser realización del riesgo típico desplegado por la actividad a la que se liga la responsabilidad objetiva, de modo que responda el que explota tal actividad, en el

⁴⁸ Artículo 2050 *Codice*: «Quien ocasiona un daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento *si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño*».

⁴⁹ BUSNELLI, F. D. y COMANDÉ, G., «Italy», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 212 y 213. MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva», cit., pág. 851. A favor de esta interpretación se encuentra, por una parte, «el hecho de que también deban responder menores e incapaces que desarrollan la actividad peligrosa en cuestión. Por otra, la circunstancia de que la exoneración se produzca, no por la prueba de la ausencia de culpa, sino por la de haber adoptado una organización preventiva en la que estén presentes todos los elementos técnicos que sean idóneos para evitar el daño. La jurisprudencia italiana ha aplicado esta cláusula general a la caza, a la producción y utilización de explosivos y de material pirotécnico y, en general, a todas las actividades relacionadas con el manejo de armas. También la ha considerado aplicable a la explotación de instalaciones eléctricas, a la producción y distribución de bombonas de gas, a la explotación de teleféricos y telesillas, a determinadas actividades agrícolas –especialmente, las que comportan la utilización de máquinas–, a la explotación de instalaciones peligrosas –como piscinas o parques de atracciones– y a la práctica de diversas actividades deportivas como la equitación, el esquí o las carreras de coches».

⁵⁰ KOCH, B. A., Comentario al Artículo 5:101 PETL, en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien-New York: Springer, 2005, pág. 106.

sentido de tener el control de la misma⁵¹. El Proyecto austríaco dedica un párrafo a identificar al operador de la fuente de alto riesgo y se detiene con mayor detalle en la regulación de las causas de exoneración, acogiendo –como única novedad– un peculiar supuesto de caso fortuito: el daño se hubiese provocado del mismo modo aunque no hubiera defecto en la cosa y se hubiese adoptado la diligencia más alta posible.

Por lo visto hasta aquí, los ordenamientos de nuestro entorno no parecen conformarse con añadir a la responsabilidad por culpa algunas leyes especiales que señalen supuestos típicos de responsabilidad objetiva, y se percibe una singular tendencia (salvo en Derecho inglés) a extender el ámbito propio de esta responsabilidad. Se observa también que esos intentos de *extender* la responsabilidad objetiva son muy dispares: en los extremos, Francia despliega la mayor extensión gracias a la creación jurisprudencial de la responsabilidad del «guardián» o «por el hecho de las cosas», e Inglaterra la menor, por la interpretación restrictiva de la regla de *Rylands v. Fletcher*; en la zona intermedia, los *Restatements*, los PETL y numerosas propuestas del área germánica –aún no positivizadas– optan por una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas; finalmente, unos pocos países (Italia y Portugal) han incorporado las dos reglas: una a la francesa y otra a la alemana⁵². Dentro de este panorama, ¿cuál ha sido nuestra deriva?

5. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EXTRACODICIAL

En España también se sintió la necesidad de superar la barrera dogmática del principio «ninguna responsabilidad sin culpa», que fue reflejándose en la legislación y en la jurisprudencia⁵³. Es lógico que, como en otros lugares, la primera iniciativa legislativa en esta línea tuviese lugar en el ámbito de los accidentes de trabajo. La Ley de 30 de enero de 1900 hacía responder al patrono «de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente» (art. 2)⁵⁴. En

⁵¹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 851 y 852.

⁵² VON BAR, C., *The common european law of Torts*, I, Oxford: Clarendon Press, 1998, págs. 139 y ss. Al autor no le parece una buena solución, también por problemas de delimitación (entre sí y respecto de otras regulaciones particulares).

⁵³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 109 y ss.

⁵⁴ Significativamente, el artículo 3 contenía un elenco de las «industrias o trabajos que dan lugar a responsabilidad del patrono», y los artículos 4 y 5 delimitaban los daños cubiertos y establecían las cuantías por las que serían indemnizados.

la actualidad, según el artículo 115.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, los accidentes de trabajo se encuentran dentro del sistema de cobertura salvo en supuestos de «fuerza mayor extraña al trabajo» o de «dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado»⁵⁵.

El siguiente ámbito regulado fue el de la responsabilidad del Estado. La Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre responsabilidad por determinados actos lesivos de las fuerzas militares o de orden público fue raramente aplicada, pero resultó ser la pionera de un panorama legislativo específico para la responsabilidad de los entes públicos que, tras una singular evolución⁵⁶, ha llegado hasta los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estos preceptos protagonizan el episodio más insólito de la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento jurídico, al conseguir –según la opinión mayoritaria– que las Administraciones Públicas se conviertan en los únicos sujetos de derecho obligados a responder de los daños que causen *por funcionar normalmente*, también cuando actúen en relaciones de derecho privado⁵⁷, salvo fuerza mayor (art. 139.1)⁵⁸, lo que ha obligado a forzar la interpretación de un concepto sorprendente: el daño que el particular tiene «el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» (art. 141.1)⁵⁹, algo que tiene pleno sentido si se trata de un daño expropiatorio⁶⁰.

⁵⁵ Artículo 115.4: «No tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado».

⁵⁶ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., págs. 454 y ss.

⁵⁷ Artículo 144: «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propio de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

⁵⁸ Artículo 139.1: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

⁵⁹ Artículo 141.1: «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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

⁶⁰ Los esfuerzos de la jurisprudencia por reconducir la «responsabilidad objetiva» de las Administraciones a los límites razonables de la responsabilidad por culpa son hoy patentes. Por ejemplo, en la STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552) puede leerse que «[e]n el ámbito de los servicios públicos, como es

En los años sesenta, la producción legislativa sobre responsabilidad objetiva crece de forma notable y en poco más de una década asistimos a la promulgación de las leyes de responsabilidad objetiva más emblemáticas:

En la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, la obligación de indemnizar «tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este Capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito, y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia» (art. 120); se limitan los bienes protegidos/daños cubiertos («muerte, lesiones o cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero» y «destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes, facturados o de mano», artículo 116) y las cuantías de las indemnizaciones (artículos 117, 118 y 119). El transportista puede llegar a responder sin límite cuantitativo en caso de dolo o culpa grave, bien propia bien de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones (art. 121).

La Ley 122/1962, de 24 de diciembre de 1962, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor ha tenido una evolución compleja hasta llegar al vigente 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, modificado a su vez por la Ley 21/2007. En su artículo 1 establece 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», pero distingue la forma de responder según los daños se causen a las personas o a las cosas; prevé para los primeros que el conductor sólo quede exonerado «cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudica-

el sanitario, es aplicable el principio de responsabilidad objetiva consagrado por el artículo 139 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; *pero, en definitiva, los criterios de imputación aplicables no se separan en gran medida de los que derivan de la aplicación del principio culpabilístico con arreglo a los criterios que acaban de exponerse*, puesto que, como es bien sabido, los tribunales del orden Contencioso-Administrativo vinculan la existencia de responsabilidad al incumplimiento de los estándares del servicio (o de la *lex artis* [reglas el oficio] por parte del personal sanitario, cuando el daño está directamente vinculado a la realización de actos médicos), dado que existe un criterio general de imputación, recogido hoy en la Ley, fundado en la ausencia del deber de soportar el daño por parte del perjudicado.

La atribución del daño a caso fortuito exige que los criterios de imputación fundados en la negligencia o falta de adopción de medidas a los cuales acaba de hacerse referencia no sean aplicables, bien por existir una asunción del riesgo por parte del perjudicado que destruya la imputación objetiva al servicio sanitario (como ocurre con los riesgos inherentes a la propia naturaleza del servicio y con los llamados riesgos del progreso, cifrados en la imposibilidad de conocimiento total de los efectos de los nuevos tratamientos científicamente comprobados), bien por derivar el daño producido por una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable.»

do o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo» («no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos»); y para los segundos, que responderá «cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta ley». La responsabilidad objetiva ha de asegurarse de manera obligatoria y desde 1995 cuenta con un Anexo que introduce el primer «Sistema español para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de creciente protagonismo en nuestra responsabilidad civil extracontractual⁶¹. Como quedó dicho, esta ley no establece una regla de responsabilidad agravada sin más, sino un auténtico sistema de seguridad social no centralizado.

Una cosa es buscar argumentos para que Cayo deba responder del daño que ha causado a Ticio a pesar de haber actuado diligentemente; hasta aquí se trataría de una cuestión propia de la responsabilidad civil extracontractual. Otra cosa es que la actividad con la que Cayo ha causado ese daño sea lo suficientemente habitual o grave –o ambas cosas– como para que el legislador imponga a éste la obligación de asegurar los daños que cause con aquélla. Y cabe todavía que el legislador dé un paso más, establezca un fondo de garantía que se haga cargo de la patología del sistema de coberturas (dañantes no asegurados e insolventes, dañantes desconocidos, etc.) y tase las cuantías indemnizatorias para los daños típicos que se causen dentro del ámbito de protección. De este modo, aquello que había comenzado siendo un supuesto de responsabilidad civil extracontractual objetiva se transforma en un modelo de cobertura social para ciertos daños típicos, en un verdadero sistema de seguridad social, centralizado o no según los casos y que convive con las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

Es lo que explica F. Pantaleón cuando dice que en la responsabilidad derivada de accidentes de circulación conviven –de hecho– un sistema de «seguridad social disperso» (no centralizado en un único Fondo) y la responsabilidad extracontractual por culpa del conductor. En efecto, cuando un conductor causa daños personales, lo único que tiene que hacer es señalar a la víctima el asegurador que cubrirá las cantidades baremadas en el Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación, y si no está asegurado o no es conocido responderá de dichas cantidades un Fondo público. Se pregunta Pantaleón: «pensemos por un momento que todosuviésemos que asegurarnos en el mismo fondo público: ¿no sería esto un sistema de seguridad social? ¿No es lo único que cambia que el Fondo no está centralizado? Algo similar a lo que ocurre con la responsabilidad civil del empresario frente a sus trabajadores, que coexiste con el sistema de Seguridad Social por accidentes de

⁶¹ Recientemente (el 10 de abril de 2015), el Gobierno ha aprobado un Proyecto de Ley que reforma el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, para acercar las cuantías españolas a las fijadas en los otros países europeos.

trabajo y enfermedades profesionales; *similar*, porque aquí hay un contrato por medio que hace que las prestaciones de la Seguridad Social al trabajador no sirvan para reducir la responsabilidad civil del empresario, ni siquiera en la porción en que éste paga las correspondientes cuotas. La naturaleza contractual del escenario es el dato diferencial decisivo»⁶².

La Ley 25/1964, de 29 de abril, de explotación de la energía nuclear, hacía responder con carácter objetivo de los daños nucleares al «explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes», limitando la cuantía de la responsabilidad y permitiendo al demandado exonerarse por culpa exclusiva o concurrente de la víctima y por fuerza mayor (art. 45: «conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional»). Esta regulación ha sido derogada por la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, que a grandes rasgos presenta las siguientes novedades: aumento de las cuantías indemnizatorias, extensión del concepto de daño (*rectius*, ampliación de los daños resarcibles), extensión del ámbito geográfico y del periodo de reclamación (Exposición de Motivos, II). Por lo que respecta a la responsabilidad, los principios no han cambiado: la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear por los daños nucleares «será independiente de la existencia de dolo o culpa, y estará limitada en su cuantía hasta el límite que se señala» (art. 4). Las causas de exoneración aparecen ahora en el artículo 6, sobre «daños excluidos», pero siguen siendo la culpa de la víctima («los daños nucleares se debieron total o parcialmente a la acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió») y la fuerza mayor («el accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección»). Significativamente, el elenco omite ahora la referencia a «catástrofe natural de carácter excepcional».

Abriendo la siguiente década, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, hizo solidaria –salvo que conste la autoría del daño– y objetivamente responsables a los cazadores con motivo del ejercicio de la caza, con dos causas de exoneración: la culpa o negligencia del perjudicado y la fuerza mayor (art. 33.5).

Las siguientes leyes que incorporaron a nuestro ordenamiento supuestos de responsabilidad objetiva tardaron unos años en llegar y ya no se referían a ciertos riesgos extraordinarios (transportes, energías, actividades de riesgo),

⁶² PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 454 y nota 33.

sino a los problemas relacionados con la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en masa.

Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) estableció para los daños causados con motivo del consumo de bienes y servicios un sistema dual de responsabilidad que incluía una cláusula de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (art. 26)⁶⁴ y una cláusula de responsabilidad objetiva para aquellos bienes y servicios que «por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario» (art. 28.1), entre los que se incluían «los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños» (art. 28.2). En estos casos, bastaba para responder que los daños se hubieran originado con el correcto uso y consumo de dichos bienes o servicios, si bien se establecía una limitación cuantitativa a la responsabilidad (art. 28.3)⁶⁵.

Entre las numerosas críticas que recibió este peculiar régimen de responsabilidad (confusión entre la dimensión contractual y extracontractual, amalgama de productos y servicios, carencia de plazo de prescripción, etc.), se puso de relieve que los artículos 25 a 28 LGDCU habían sido redactados pensando en los productos, por lo que su aplicación a los servicios resultaba bastante forzada. Paradójicamente, la entrada en vigor unos años más tarde de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos (1994) hizo que la LGDCU queda-

⁶³ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., pág. 467. GONZÁLEZ MORÁN L., «La responsabilidad del prestador de servicios», en GARCÍA GARCÍA L M. y DE LEÓN ARCE A. (Coords.), *Derechos de los consumidores y usuarios; doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, págs. 1484 y 1485. MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ J., «La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios», en REYES M J. (Coord.), *Derecho Privado de Consumo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 203 y 204. QUINTANA CARLO I., «La responsabilidad del empresario de servicios en la LGDCU», *Estudios sobre consumo*, núm. Extraordinario, 1987, pág. 57.

⁶⁴ Artículo 26 LGDCU: Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

⁶⁵ Artículo 28.III LGDCU, en su versión actual como artículo 148.III TR LGDCU: «Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros».

ra como norma básica de regulación de los servicios, precisamente los que habían tenido menos peso al redactarla.

La Ley 22/1994, de responsabilidad por productos defectuosos, afirmaba expresamente en su exposición de motivos que establecía una responsabilidad de carácter objetivo⁶⁶. M. A. Parra Lucán sintetiza así su régimen: ni se exige a la víctima la prueba de la culpa del demandado en la aparición del defecto en su producto, ni se permite al productor exonerarse probando que puso la diligencia exigible; el criterio de imputación es la elaboración o introducción (para los importadores) en un país miembro de la Unión Europea de un producto defectuoso⁶⁷.

Lógicamente, una responsabilidad objetiva porque la cosa o servicio que causa el daño es defectuoso se encuentra más cerca de la responsabilidad por culpa que de la responsabilidad por riesgo. Como afirman Canaris/Larenz, «es distinto que la responsabilidad objetiva se haga depender de la peligrosidad general de una cosa, que de su concreto defecto»; aquí la cercanía con la responsabilidad por culpa es clara y lo decisivo para terminar de valorar su régimen es ver cuáles son las causas de exoneración y cómo se interpretan⁶⁸. Así, no es preciso que la víctima identifique la causa o el origen del defecto del producto (art. 5 LRPD⁶⁹), pero si no lo hace será más fácil que el productor pueda alegar que, «dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto» [artículo 6.1.b) LPD] u otras causas de exoneración⁷⁰. Por ello, cuando se echa un vistazo a éstas⁷¹, y especialmente a las letras *d*) y *e*), hay que reconocer que el modelo se aleja bastante de la ortodoxia objetiva y que, hasta cierto punto, lo que ha hecho el legislador es tasar la diligencia que puede exculpar al deman-

⁶⁶ Lo que expresamente decía en su artículo 1 era que «los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen».

⁶⁷ PARRA LUCÁN, M. A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», en REGLERO L F. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4.ª ed., II, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 585 y ss.

⁶⁸ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 611.

⁶⁹ Artículo 5 LPD: «El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos».

⁷⁰ PARRA LUCÁN, M. A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», cit., págs. 586 y ss.

⁷¹ Artículo 6 LPD: «El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: *a*) Que no habían puesto en circulación el producto. *b*) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. *c*) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. *d*) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. *e*) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia de defecto».

dado. Algunos autores son partidarios de no considerarlo un supuesto de responsabilidad objetiva⁷².

Desde luego, al fabricante no se le hace responder de modo agravado por riesgo, ni porque la producción o comercialización de sus productos sea una actividad anormalmente peligrosa. Su responsabilidad gira en torno al defecto del producto, que pone en peligro la seguridad del consumidor. Por ello, la *ratio* se encuentra más bien en la idea de garantizar la seguridad de las personas a las que se dirige la oferta y suministro de bienes en masa, cuando alguno resulta defectuoso. Esta idea bebe de la lógica contractual de la garantía de seguridad en la prestación, que termina aplicándose entre quienes, por la complejidad de la cadena de intercambios, ya no existe una relación contractual.

Como explica F. Pantaleón, «una responsabilidad civil sin culpa por daños causados por defectos de fabricación o producción es perfectamente comprensible en términos de justicia conmutativa; aunque con una lógica más (cuasi) contractual que propiamente extracontractual: el fabricante ha defraudado la expectativa de seguridad del producto que el consumidor medio, al que aquél ofrece inmediata o mediatamente su producto publicitándolo como suyo, podía legítimamente albergar, puesto que es la propia de los ejemplares de la misma serie. El fabricante responde en virtud de la garantía implícita de seguridad de su producto –la normal de los ejemplares de la serie a que pertenece el defectuoso causante del daño– como tradicionalmente ha respondido en virtud de la garantía implícita de su utilidad»⁷³.

Sin duda, hay otros argumentos que ayudan a explicar esta peculiar responsabilidad, aunque bastará por ahora con adelantar algunas ideas sugerentes: J. G. Fleming pone de relieve que la «objetividad» de la responsabilidad por productos se ha visto muy influida por la idea de que ésta es una solución adecuada en ámbitos en los que el demandado es reconocido como un buen distribuidor de los daños: el coste del accidente por producto defectuoso se internaliza en el coste del producto⁷⁴. También el análisis económico del derecho defiende la bondad del modelo objetivo. Desde su perspectiva, el hecho de que la responsabilidad por culpa haga recaer sobre la víctima la carga de soportar los daños que se le causen diligentemente sobreincentiva el desarrollo de la actividad potencialmente dañosa, pues al poder contar con no indemnizar los daños que se causen diligentemente la oferta de actividad será normalmente excesiva. En cambio, bajo una regla de responsabilidad objetiva, el fabricante tendrá que contar con los daños que cause

⁷² ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6.ª ed., 2011, pág. 317: «Más que ante un supuesto de responsabilidad objetiva nos encontramos ante un caso de inversión de la carga de la prueba: el fabricante puede probar que concurrió alguna de las causas que le exoneran legalmente de la responsabilidad (art. 140 TR) o que concurrió culpa del perjudicado (art. 145 TR)». SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales...», cit., págs. 76 y ss.

⁷³ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., págs. 450 y 451.

⁷⁴ FLEMING, J. G., *The Law of Torts...*, cit., pág. 307.

pese a haber sido diligente, por lo que deberá incrementar el precio y disminuir el volumen de actividad⁷⁵.

Posteriormente, el legislador optó por refundir una parte importante de la normativa de protección de los consumidores en el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (TR a partir de ahora) y dedica un Libro III a la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos». La refundición ha planteado numerosos interrogantes, sobre todo por haber introducido en el citado libro un primer capítulo de «disposiciones generales» inspirado en la regulación de los productos que, si se pretende aplicar a los servicios, vulnera la limitación propia del encargo de refundir. Así, el concepto de «perjudicado» del artículo 128.1 TR es típico de la legislación de productos, pero es sin duda más amplio que el de consumidor de la Ley 26/1984, que es el único que ha podido «refundirse» en el TR para los servicios, luego no parece que esta «disposición común» sea aplicable a éstos. Por otra parte, la Ley 22/1994 limitaba los daños indemnizables, como hace ahora el artículo 129 TR entre las disposiciones comunes a productos y servicios, pero esta restricción era desconocida por la Ley 26/1984, por lo que difícilmente podrá entenderse aplicable a los últimos.

Es significativo que la jurisprudencia haya sido especialmente reacia a aplicar esta responsabilidad teóricamente objetiva por productos (art. 135 TR LGDCU) y servicios (art. 148 TR LGDCU) defectuosos con independencia del principio de culpa del artículo 1902 CC, y aunque haya influido la escasa calidad de los preceptos, no es fácil de justificar que, como se ha dicho, en la práctica judicial sus regímenes parecían hacerse uno con el del Código civil⁷⁶.

Probablemente la consecuencia más significativa de todo este proceso sea que el régimen de la responsabilidad objetiva por servicios defectuosos ha quedado delimitado con muy escaso rigor en los artículos 147 (antiguo 26 LGDCU) y 148 (antiguo 28 LGDCU) del texto refundido. La doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad para deslindar el ámbito de los productos del de los servicios, y para determinar qué servicios van a quedar sujetos a una responsabilidad agravada «por incluir necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad». M. A. Parra Lucán concluye, después de un concienzudo estudio,

⁷⁵ SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales...», cit., pág. 77. SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Massachusetts): Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pág. 197. MICELI J., *The Economic Approach to Law*, Stanford (California): Stanford University Press, 2004, págs. 45 y 46.

⁷⁶ ZURITA MARTÍN I., «La armonización de la normativa reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios defectuosos efectuada por la nueva Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Práctica de Daños*, n.º 66, 2008, págs. 8 a 34.

que «no puede anticiparse *a priori* cuáles son los servicios que deben incluirse en el régimen general (de culpa presumida) y cuáles en el régimen especial (de responsabilidad objetiva)», de modo que «en última instancia, la decisión (...) va a ser jurisprudencial»⁷⁷.

La autora recurre a la regulación de los productos para señalar –pienso que con acierto– que, de la misma forma que no puede decirse que haya responsabilidad *por producto*, sino *por producto defectuoso* (en los términos del artículo 137 TR⁷⁸), tampoco debería reconocerse una responsabilidad *por servicio prestado*, sino *por servicio defectuoso*; y que, de la misma forma que en los productos la noción de defecto aparece vinculada a la idea de seguridad, no a la de riesgo –el producto defectuoso no tiene por qué ser un producto intrínsecamente peligroso (dinamita, armas de fuego, cuchillo)⁷⁹–, la responsabilidad por servicio defectuoso tampoco debería ser una responsabilidad por servicios «peligrosos», sino inseguros, aquéllos que han vulnerado el estándar de seguridad que el usuario puede legítimamente esperar. El problema es –como advierte Parra Lucán– que hasta ahora «el Derecho español no ha llegado a formular una regla de responsabilidad por servicios defectuosos en cuanto que inseguros»⁸⁰.

6. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En la jurisprudencia española encontramos también abundantes referencias a la responsabilidad objetiva, aunque las expresiones más habituales (responsabilidad objetivada, objetiva, cuasiobjetiva, por riesgo, etc.) no se hayan utilizado con sentido unívoco. La STS de 15 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7232) es un buen ejemplo de la amalgama de elementos objetivos y

⁷⁷ PARRA LUCÁN, M. A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», cit., pág. 504.

⁷⁸ Artículo 137 TRLGDCU. Concepto legal de producto defectuoso: 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

⁷⁹ PARRA LUCÁN, M. A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», cit., pág. 631.

⁸⁰ PARRA LUCÁN, M. A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», cit., págs. 505 y 506: «Si se trata de defender que cualquier servicio susceptible de producir daños en la persona (o incluso en otros bienes del usuario) puede quedar, «por su propia naturaleza», incluido en el régimen del artículo 148 del Texto Refundido, siempre que se produzca alguno de los daños cubiertos por la ley (daños en la persona o en bienes de uso o consumo privado) y el uso del servicio haya sido correcto, debería afinarse con especial cuidado el significado del «uso correcto» y exigir una perfecta individualización de la causalidad entre la prestación del servicio y la producción del daño». Pero parece nítido que se deja toda la tarea al quehacer jurisprudencial.

subjetivos que suelen concurrir en los razonamientos. La empresa demandada (recurrente en casación) había creado una situación de riesgo potencial al realizar unas obras industriales para desviar de su curso natural las aguas de un río y conducir las por un canal a cielo descubierto, con el fin de aprovechar y utilizar la corriente en una central de producción eléctrica. Ante el desbordamiento de las aguas por obturación del canal a causa de un desprendimiento de tierras, se produjo una incontrolada precipitación de éstas sobre la finca de los demandantes, que resultó dañada. El caso recuerda al que provocó la regla de *Rylands v. Fletcher*, pero las diferencias son claras, pues en el caso español el propietario de las tierras era también el responsable de las obras, que es lo que no ocurría en el caso inglés (el demandado era un propietario no culposo y los contratados culpables no fueron demandados) y lo que obligó a buscar un criterio de imputación distinto de la culpa. La explicación del TS mezcla el discurso objetivo con el subjetivo y el sustantivo con el probatorio:

«La doctrina jurisprudencial más moderna considera que la responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse que en muchos casos se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño (Sentencias de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9053], 14 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 8981] y 17 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8642]). Dicha responsabilidad por riesgo acreditado es exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto, por lo que resulta procedente a estos casos aplicar el artículo 1902 del Código Civil (Sentencias de 5 de febrero de 1991 [RJ 1991, 991], 8 de abril de [RJ 1992, 3187], 10 de marzo de [RJ 1994, 1736] y 8 de octubre de 1996 [RJ 1996, 8060]), ya que quien crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (Sentencia de 9-7-1994 [RJ 1994, 6302]). La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado (Sentencias de 24 de enero de 1992 [RJ 1992, 207] y 25 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1554], 22 de septiembre de [RJ 1992, 7018] y 20 de junio de 1994 [RJ 1994, 6026]) y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente. Conforme declara la sentencia de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), partiendo de la efectiva causación de daños, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarle del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión propia capaz de originarlo. La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolló el agente».

Se acepta comúnmente que la doctrina jurisprudencial ha protagonizado en las últimas décadas una evolución compleja, detenidamente analizada y expuesta por nuestra doctrina⁸¹. Se considera como un lugar común afirmar que la responsabilidad civil extracontractual se fue «objetivando» a través de diversos expedientes técnicos, entre los que destacan la «inversión de la carga de la prueba» de la culpa (esto es, la necesidad de probar la diligencia por parte del demandado) y una particular versión de la «doctrina del riesgo». Sin embargo, tampoco puede decirse que se consumara un cambio de paradigma, ni que se agregara a la culpa un nuevo principio de responsabilidad «objetivada, cuasiobjetiva o por riesgo», como en el caso francés. Se ha puesto de relieve, no sin cierta ironía, que la evolución jurisprudencial no llegó a transformar el sistema y que, sin llegar a uno «objetivista» y con el «subjetivista» en evolución, lo que en realidad ocurría es que los Tribunales jugaban «con dos barajas intercambiables sin que uno termine de saber cuándo y por qué se elige un tipo de juego o de otro»⁸². Ni estaba claro conforme a qué criterio se iba a elevar el canon de diligencia exigible, hasta llegar a «agotarlo» –que es una manera de decir que es de imposible cumplimiento⁸³–, ni se sabía de antemano en qué casos iba a aplicarse la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, que pasó de ser una presunción judicial que partía de la prueba de ciertas probabilidades, a comportarse como una auténtica presunción legal a la que no hacía falta ninguna circunstancia fáctica en que apoyarse⁸⁴. Y si no había nuevas reglas, difícilmente puede hablarse de un nuevo paradigma. En cuanto a la doctrina del riesgo, Díez-Picazo extrae de la lectura de las sentencias la impresión de que «la idea de riesgo ha funcionado más desde un punto de vista argumentativo o retórico que como opción decidida» (como fundamento de la responsabilidad); así, en ocasiones se confunde con «la regla *cuius commoda eius incommoda*, que impone la indemnización como contrapartida de un lucro obtenido por una actividad peligrosa», pero en otras parece separarse de ella⁸⁵.

⁸¹ CAVANILLAS MÚGICA S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987, págs. 21 y ss. Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 125 y ss. PANTALEÓN, F., «Comentario del artículo 1902», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, pág. 1996. MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., págs. 60 y 61.

⁸² Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 127 y 128.

⁸³ Si es el daño el que evidencia que no se ha puesto la diligencia exigible –como se ha aceptado en innumerables ocasiones por nuestra jurisprudencia–, ésta ha dejado de cumplir su papel como criterio de imputación de la responsabilidad; otra cosa es que en determinados supuestos se entienda aplicable el principio *res ipsa loquitur* para facilitar la prueba de la culpa.

⁸⁴ CAVANILLAS MÚGICA S., *La transformación...*, cit., págs. 65 y ss.

⁸⁵ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 129 y 130.

Las materias afectadas por esta línea jurisprudencial en torno a la «doctrina del riesgo» son muy diversas, y casi ninguna ajena a la probabilidad de un riesgo grave: accidentes de ferrocarril, electrocuciones, incendios y explosiones, ahogamientos en piscinas públicas, accidentes de ascensor, voladuras y otras muchas; pero aparte de una retórica no siempre predecible sobre la relación entre el riesgo y la exigencia de mayores estándares de diligencia, o entre el riesgo y la necesidad de que sea el demandado quien tenga que probar que se comportó con la diligencia que era exigible, no puede afirmarse que nuestra jurisprudencia haya creado un principio de responsabilidad objetiva, ni a la francesa (por hecho de las cosas) ni a la anglosajona (para actividades anormalmente peligrosas). Aunque en muchas ocasiones se haga referencia a la responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva, es rara la sentencia que resuelve con independencia de la culpa. La STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997/2743) es un típico caso que, pudiéndose haber resuelto «objetivamente» mediante el artículo 1908.2.º sin mayores explicaciones —que las hay, y muy generosas, sobre la doctrina del riesgo—, finalmente condena por negligencia. En realidad, toda la argumentación se encuentra bajo la sombra de la culpa:

«No sólo dicha sentencia, sino otras muchas más cuya notoriedad nos exime de una cita pormenorizada de las mismas, proclaman, en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual “ex” artículo 1902 del Código Civil, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*«cuius est commodum eius est periculum»*; *«ubi emolumentum, ibi onus»*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, el cumplimiento de reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos (Sentencias de 16 octubre de 1989 [RJ 1989/6923], 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre 1990 [RJ 1990/3690, RJ 1990/8534 y RJ 1990/9047], 28 de mayo 1991 [RJ 1991/3940] y 24 de mayo 1993 [RJ 1993/3727], entre otras). Por otro lado, además de lo que acaba de decirse en sede de teoría general, ha de tenerse en cuenta que, como ya dijo la sentencia últimamente citada, al resolver un caso análogo al que aquí nos ocupa, el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado,

al establecer que los propietarios responden de los daños causados “por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades”, que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar (hablando en mera hipótesis, que no concuerda con los hechos que declara probados la sentencia recurrida, al aceptar el resultado probatorio obtenido por la de primera instancia) hayan podido respetar, decimos, los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, *lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.*»

Otro ejemplo de la dificultad que encuentra la jurisprudencia para «separar» los razonamientos en clave de culpa y en clave de riesgo es la STS 16 de diciembre de 2008 (RJ 2009/529), que se hace eco de razonamientos utilizados en sentencias anteriores:

«En supuestos de hecho similares al ahora enjuiciado, las sentencias de 30 de julio de 1998 (RJ 1998, 6926) y 29 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7212) afirman que “ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto, por resultar entonces adecuada aplicación del artículo 1902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga de la prueba (sentencias de 13 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10002), 5 de diciembre de 1991 (RJ 1992, 991), 20 de enero de 1992, 192), 11 de febrero, 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992, 10 de marzo (RJ 1994, 1736) y 9 de julio de 1994 (RJ 1994, 6302) y 8 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7059), en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano, que impone el manejo de las bombonas al usuario y por ello no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extrema y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar”».

En ocasiones parece que se acepta, al menos en línea de principio, que es el riesgo el fundamento de la responsabilidad: «en materia de accidentes de tren existe una jurisprudencia que considera que Renfe responde por razón del riesgo creado, especialmente en lo relativo al mantenimiento de pasos a nivel

sin barreras» (STS de 20 de febrero de 2008, RJ 2008/5498). Sin embargo, poco después se afirma que «la empresa ferroviaria (...) ha incurrido en el ámbito del artículo 1902, puesto que probada la omisión de diligencia y el daño, es evidente que hubo relación de causa a efecto entre aquella y éste».

Pero quizá el fenómeno más destacable sea que en la aplicación de algunas normas de responsabilidad objetiva –por ejemplo, el artículo 148 TR LGDCU– la jurisprudencia no ha llegado a emancipar ésta de las reglas generales de la responsabilidad por culpa. La STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552), sobre una infección hospitalaria, interpreta el artículo 28 LGDCU (que era el aplicable al caso) en clave de responsabilidad por producto defectuoso y entiende que la culpa queda revelada por un supuesto de hecho en el que el servicio *ha fallado*:

«[e]l principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas. Para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.»

La STS de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7272), sobre el defecto de un dispositivo intrauterino anticonceptivo, después de algunas consideraciones que podrían considerarse coherentes con una interpretación objetiva de ese mismo artículo 28 LGDCU, entiende que

«[I]a aplicación del referido artículo 28 no excluye el artículo 1902 o 1903 del Código Civil, e incluso el 1101, tratándose de culpa contractual, *pues se supedita a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente* (Sentencia de 22 de julio de 1994 [RJ 1994/6581]), que en este caso se da, al haber quedado sentada la responsabilidad propia de la Diputación Provincial que recurre.»

Habrá que volver sobre ello.

En los últimos nueve o diez años se aprecia un intento serio por clarificar los criterios de aplicación de la responsabilidad «por riesgo» y restringir su alcance. No parece arriesgado decir que no se ha tratado de un cambio paulatino, sino que coincide en el tiempo con la llegada a la Sala Primera del TS de algunos Magistrados que han querido asentar una doctrina jurisprudencial que respete con mayor rigor el principio general de responsabilidad por culpa. Una de las expresiones que

ha terminado por convertirse en cláusula de estilo es la siguiente (STS de 30 de mayo de 2007, RJ 2007/4338, sobre una caída a la salida de un supermercado):

«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 artículo 1.104 del Código Civil, 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 artículo 1902 del Código civil* (SSTS 11 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8541]; 22 de febrero 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* (art. 217.6 LECiv), y 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 (STS de 2 de marzo de 2006 [RJ 2006, 726])».

Quizá esta línea jurisprudencial que procura precisar las excepciones («culpa presumida») a la regla general («culpa probada») sea un buen comienzo para aclarar la aplicación de las reglas de responsabilidad civil extracontractual en casos de riesgo, aunque sin duda quede mucho por hacer, comenzando por dar *contenido típico* a cada uno de los supuestos en que se tasa la excepción: riesgo extraordinario, daño desproporcionado y falta de colaboración. Tendremos oportunidad de retomar el discurso jurisprudencial.

7. RETOS ACTUALES

7.1 **La posibilidad de adoptar una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas**

Como ha podido comprobarse, hay «riesgos extraordinarios» que permiten a la jurisprudencia presumir la culpa e invertir la carga de la prueba de ésta (como hacen, por ejemplo, los PETL: artículo 4:102), y hay riesgos extraordinarios que han merecido la atención del legislador en leyes especiales. La cuestión es si, además, convendría establecer una cláusula general de respon-

sabilidad objetiva para actividades anormalmente peligrosas –en la línea de los *Restatements* o los PETL, o combinando una cláusula general con un listado abierto de supuestos al modo austríaco– para dar cobertura legal a los casos de riesgo extraordinario no contemplados en esas leyes, o si sería preferible dejar las cosas como están: que los supuestos de responsabilidad objetiva sean los legalmente determinados⁸⁶.

Díez Picazo afirma que no se puede negar «la superación de los esquemas estrictos de la responsabilidad por culpa» abierta por la legislación, «que se ocupó de muchos de estos supuestos, en algunos de ellos con expresa referencia a la idea de riesgo». Sin embargo –continúa–, la cuestión es *si este criterio se puede generalizar*, «pues en la mayoría de las leyes se llegó a sistemas de responsabilidad objetivada con causas tasadas de exoneración, siempre que el daño surgiera dentro de un determinado círculo de actividad»⁸⁷. Con otras palabras, se trata de si, fuera de los casos legales y su interpretación, habría que reconocer otros ámbitos de responsabilidad objetiva que el legislador no haya reconocido como tales⁸⁸. No se puede discutir –continúa el citado autor– que «una parte de la legislación especial surgida a partir de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo encontró su inspiración en los esquemas de la responsabilidad por riesgo. Sin embargo, el problema central continua siendo que *no tenemos una idea muy clara para describir con exactitud el supuesto de hecho y para explicar su fundamentación*. Con otras palabras, el problema central sigue siendo la determinación de qué riesgos merecen esa responsabilidad agravada, y si esa determinación debería quedar «abierta» en una cláusula o reservada a los supuestos de creación legal»⁸⁹.

M. Martín-Casals, J. Ribot y J. Solé concluyen que, «en la actual situación, no se ve la necesidad de una cláusula general de responsabilidad estricta.

⁸⁶ Como hace el DCFR que, por lo demás, no acoge una cláusula general. La Sección 2 (Imputación sin dolo ni negligencia) del Capítulo 3 (Criterios de imputación subjetiva) del Libro VI regula una responsabilidad sin dolo ni negligencia para «daño causado por empleados y representantes», «daños causados por el estado poco seguro de un inmueble», «daños causados por animales», «daños causados por productos defectuosos», «daños causados por vehículos a motor» y «daños causados por sustancias o emisiones peligrosas»; y permite que la legislación nacional prevea otros supuestos.

⁸⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 130 y ss.

⁸⁸ Ya se vio que para J. PUIG BRUTAU la responsabilidad objetiva, que representa «el precio» que alguien debe pagar a cambio de serle permitida una actividad o conducta que implica un riesgo, es una responsabilidad adscrita a supuestos típicos, pues, como hace notar EHRENZWEIG, el test de la tipicidad delimita el alcance de la responsabilidad por actividades peligrosas, de la misma manera que el de la previsibilidad delimita el de la responsabilidad fundada en la culpa o negligencia (*Fundamentos*, II-2.º, cit., pág. 694).

⁸⁹ El autor concluye que, en cualquier caso, debería tratarse de un riesgo creado por la persona a quien quiera imputarse la responsabilidad, no de riesgos indirectos que puedan surgir de su actividad, y que no podría tratarse de cualquier riesgo, sino de uno que se encuentre por encima de los estándares medios que en un momento dado se consideren admisibles.

La interpretación que hacen los tribunales de la regla general (presunción de culpa con inversión de la carga de la prueba, sean o no actividades de riesgo) hace innecesaria tal cláusula, pues no ofrecería ventajas prácticas (los tribunales terminan por aplicar la regla general de culpa incluso en sectores de responsabilidad estricta). Al comienzo del estudio pensábamos que si pudieran enumerarse los casos en los que el TS realiza la inversión de la carga de la prueba de la culpa con el argumento de que concurría un riesgo anormalmente peligroso, quizá podrían seleccionarse y concretarse las situaciones a las que podría ayudar la construcción de una cláusula general en materia de responsabilidad estricta, pero lo cierto es que la doctrina del TS no limita su doctrina a casos de especial riesgo, por lo que podría ser peor que contara con una cláusula general. Como deseo teórico, parece bueno que existiera una cláusula general, pero resulta muy difícil proponer una que comprenda los supuestos relevantes. Mejor que sea el legislador quien lo diga»⁹⁰. Es verdad que desde entonces la tendencia jurisprudencial sobre la inversión de la carga de la prueba ha cambiado, pero la pregunta de fondo sigue ahí: ¿aporta esa cláusula algo suficientemente valioso, de lo que no nos deberíamos privar? La respuesta exige un análisis más profundo y previo sobre el fundamento y los elementos de la responsabilidad objetiva, y este será el cometido de buena parte de este trabajo.

7.2 La responsabilidad de la empresa y los artículos 147 y 148 TR LGDCU

También se ha hecho hincapié en la necesidad de relacionar la responsabilidad por riesgos extraordinarios con la responsabilidad de la empresa en general⁹¹. Brüggemeier pone de relieve que, aunque siga abierto el debate sobre la conveniencia de una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas, lo que realmente habría que plantearse es una nueva lectura de la responsabilidad de empresa, y considerar aquélla como una modalidad de la responsabilidad empresarial por riesgos de especial

⁹⁰ MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J. y SOLÉ J., «Spain», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, pág. 316.

⁹¹ DEL OLMO P., «Comentario al artículo 1905 CC», cit., pág. 1481: «hoy en día más bien se intenta asentar la distinción entre dos ideas: por un lado, la idea de que ha de imponerse una responsabilidad objetiva por los daños causados por cosas o actividades extraordinariamente peligrosas (art. 5:101 PETL) y, por otro lado, la idea de que hay buenos argumentos para presumir la culpa en los daños causados en el ejercicio de una empresa (art. 4:202 PETL)».

entidad⁹². Si se parte de que el riesgo que justifica una regla de responsabilidad objetiva debe ser anormalmente elevado, parece lógico aceptar que de hecho solo pueda provenir de actividades dirigidas por empresas. El riesgo que las personas físicas son capaces de crear por sí mismas no debería considerarse extraordinario. Por otra parte, hay actividades de riesgo extraordinario que han alcanzado la categoría de ordinarias o comunes, esto es, han devenido riesgos que todos estamos dispuestos a asumir o permitir: vehículos a motor, animales domésticos, uso doméstico de bombonas de butano (no su almacenamiento), etc. Si estos riesgos que superan el «umbral humano» han sido aceptados por todos, no se ve por qué no habrían de someterse a la regla general de responsabilidad por culpa⁹³.

Desde esta perspectiva –concluye el citado autor–, los «riesgos extraordinarios» estarían hoy en una parte (y no la más importante) de la responsabilidad *de la empresa*. La cuestión central es decidir si la empresa –la organización empresarial– debe responder *ordinariamente* de un modo distinto a como lo hacen los particulares y, entre otras cuestiones no centrales, si debería responder objetivamente cuando explota una actividad anormalmente peligrosa. Propone distinguir hasta cuatro aspectos diferentes dentro de la responsabilidad de la empresa: 1) responsabilidad de la empresa por los daños causados a terceros con su actuar (el de la organización empresarial); 2) responsabilidad de la empresa por los daños causados por sus empleados con su actuar profesional; 3) responsabilidad objetiva de la empresa que desarrolla actividades anormalmente peligrosas; 4) y responsabilidad de la empresa por infracapitalización⁹⁴.

El autor se muestra partidario de que la empresa responda de los daños causados a terceros en su actuar *por culpa presumida*, en la línea del artículo 49a del Proyecto suizo («Una persona que emplee uno o más agentes al desarrollar

⁹² P. TRIMARCHI propuso en una excelente monografía (*Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961) que el riesgo debía ser el título de imputación de los daños causados por las empresas, en general, y no sólo de aquéllas que tuvieran que ver con un riesgo anormalmente alto pues, como sintetiza Díez-PICAZO, «la atribución al empresario del riesgo de empresa constituye una presión económica que hace que la producción se racionalice desde el punto de vista social: se lleve a cabo sólo en la medida en que puede hacer frente a los daños que cause (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., V, pág. 112).

⁹³ F. PANTALEÓN defiende que la responsabilidad derivada por accidentes de circulación no debería ser ya más una responsabilidad objetiva, puesto que se ha convertido en un «riesgo común». Por eso el autor se pregunta: si los daños por accidentes de circulación tienen un sistema de cobertura social, y la actividad de circular con vehículos de motor se ha convertido en una actividad peligrosa, sí, pero absolutamente común, ¿por qué la responsabilidad civil extracontractual en este ámbito debería seguir siendo objetiva? ¿no sería más lógico aceptar, con el sentido común del *Restatement* americano o del Anteproyecto suizo, que cuando algo es habitual la regla para distribuir la carga de resarcir los daños sea la general, esto es, la idea de culpa (lo que no impide que el accidente ponga en marcha un sistema de cobertura objetiva y calculable de ese daño)? («Cómo repensar...», cit., pág. 453).

⁹⁴ BRÜGGEMEIER, G., *Haftungsrecht*, Berlin-Heidelberg: Springer, 2006, págs. 176 y ss.

una actividad empresarial o profesional es responsable de la indemnización del daño causado dentro de la esfera de actividades de la empresa, a menos que pruebe que la organización de la empresa fue la apropiada para evitar tal daño», o del artículo 4:202 PETL, inspirado en aquél («Responsabilidad de la empresa. 1. La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico *es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca*, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible. 2. “Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios»).

Como se lee en los comentarios a los PETL, lo que late detrás de esta regla es «la preocupación de que las víctimas no puedan identificar cuál fue la causa concreta de sus perjuicios a pesar de que puedan trazar su origen y llegar hasta una empresa que se lucra» con la actividad que ha causado el daño. «El artículo 4:202 les libera, al menos hasta cierto punto, de esta dificultad: sólo (¡pero como mínimo!) han de probar que la causa del daño radica en la esfera de la empresa, probando que fue un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produce. Si lo consiguen, el balón pasa al campo de la empresa, que debe rebatir la presunción de que el defecto demostrado por el demandante se produjo porque la empresa no observó la diligencia adecuada para prevenir el daño, violando así el estándar de conducta más elevado exigido a tales profesionales»⁹⁵. El Proyecto suizo presupone la existencia del defecto por el mero hecho de que el daño se haya causado «dentro de la esfera de las actividades de la empresa», pero los PETL han preferido exigir al demandante que pruebe la existencia del defecto⁹⁶. En todo caso, no queda claro cómo se habrá de valorar la prueba del defecto.

En cuanto a la responsabilidad de la empresa por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de su actividad profesional, el autor defiende una responsabilidad objetiva y vicaria de la empresa cuando se aprecie culpa o dolo en el comportamiento de aquéllos. Es la regla del artículo 6:102 (1) PETL. Lógicamente, esto planteará otros problemas, como la determinación del vínculo que ha de existir entre el causante del daño y el empresario para que éste responda (*respondeat superior*). En principio, no se responde del contratista independiente, pero la realidad plantea la necesidad de establecer algunos límites a esta regla utilizando el concepto de «obligaciones no delegables», esto es, obligaciones de las que la empresa no deja de responder aunque haya encargado a un tercero independiente su realización.

F. Pantaleón critica que las dos soluciones –daños causados por acto propio de la empresa o por acto de los dependientes– sean distintas: no parece justificable que el empresario responda de modo distinto si el daño lo causa un «fallo» de la organización que si lo causa un «fallo» de uno de sus empleados, salvo que

⁹⁵ KOCH, B. A., en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil...*, cit., págs. 135 y 136: Este artículo «facilita el éxito de la demanda de la víctima al trasladar al hospital [demandado] la carga de la prueba de la falta de culpa. Sin embargo, la víctima sigue pechando con la prueba del defecto en el programa de trabajo del hospital [demandado] y que éste fue, en último término, la causa del daño».

⁹⁶ KOCH, B. A., en *Principios...*, cit., pág. 137.

además se quiera convertir al empresario en un asegurador forzoso de los daños causados por los empleados. Parece preferible que se adopte la misma regla, pues de lo contrario se estimulará la litigación en torno a cuál ha de ser el párrafo aplicable, según interese más uno u otro⁹⁷.

Esta es probablemente una perspectiva adecuada para analizar el artículo 147 TR LGDCU y ahondar en el tratamiento que debería darse al «defecto» del servicio –y a su prueba– en el contexto de una responsabilidad por culpa presumida.

También ayudaría en la interpretación del artículo 148 TR LGDCU, que prevé una responsabilidad objetiva para una amalgama de servicios que mezcla algunas actividades estrechamente ligadas a la seguridad –por afectar a bienes de la personalidad o bienes especialmente valorados por la sensibilidad pública (vida, salud, infancia, etc.)– con actividades de riesgo anormal (transportes, energías, aparatos, etc.) que en otros países han merecido leyes de responsabilidad objetiva. La dificultad radica en que el precepto carece de la lógica del producto defectuoso (prueba del defecto y lista de causas de exoneración), pero tampoco encaja en las coordenadas de una responsabilidad objetiva por actividad anormalmente peligrosa. Con los datos de partida –el demandado no podrá alegar haberse comportado con la diligencia que le era exigible (*ex* artículo 147 *a contrario*); el demandante no tiene que probar el defecto del servicio (basta que el daño se haya producido «en el correcto uso de los servicios»)–, podría hablarse de una «cláusula de responsabilidad objetiva» para ciertas actividades, sin un criterio claro –si es que lo hubo, más allá de la mera oportunidad– que sirva para justificar la lista propuesta.

El precepto plantea no pocos interrogantes. Por ejemplo, entre los servicios por los que se responde objetivamente *ex* artículo 148 TR LGDCU se mencionan los sanitarios. Si un paciente contrae una infección durante la operación a la que es sometido en un hospital, ¿responde éste *en todo caso* de los daños que cause dicha infección, o podría alegar que cumplió con la diligencia que era exigible? Y si responde, cuál sería la *ratio*: ¿puede decirse que «no contraer infecciones» forma parte de la garantía de seguridad que el paciente está legitimado a esperar del hospital; y puede esperarlo cualquiera que sea la infección, o solo de aquellas que normalmente consiguen evitarse adoptando los protocolos de higiene exigibles? El artículo 4:202 PETL permite que el hospital se exonere probando que cumplió con la diligencia exigible; según se viene aplicando el artículo 148 TR LGDCU, nuestra jurisprudencia no lo acepta. Hay que

⁹⁷ PANTALEÓN, F., «Principles of European Tort Law...», cit., pág. 2. Véase también WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., págs. 303 y ss.

reconocer que no se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva por actividad anormalmente peligrosa; esta no es una explicación adecuada. En un caso como este, la infección pone de relieve que en la prestación del servicio a cargo del hospital ocurrió «algo», hubo un fallo, un defecto, con independencia de que se cumplieran los protocolos, y el sentido de la norma sería imputar ese daño al responsable del servicio. Ahora bien, y continuando con el paralelismo respecto de la responsabilidad por producto defectuoso, ¿qué ocurre si se trata de una infección de causa desconocida en el momento en que se manifestó? ¿Respondería el hospital, o podría exonerarse alegando como causa de exoneración los riesgos de desarrollo: artículo 140.1.e) TR LGDCU? ¿Tiene sentido acercar la interpretación del artículo 148 TR LGDCU a la responsabilidad por producto defectuoso, o a la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas?

Debe reconocerse además que decidir que un servicio se someta o no a la regla del artículo 148 TR LGDCU tiene consecuencias prácticas de primer orden: Si una persona usa un ascensor y éste colisiona con los muelles de contención del fondo del foso con la suficiente violencia como para causarle daños, teniendo en cuenta que los ascensores aparecen en el listado del artículo 148.2 TR LGDCU, ¿contra quién deberá demandar y qué deberá probar en juicio para que prospere la acción indemnizatoria por servicio defectuoso? ¿Bastaría con probar que el ascensor fue utilizado y tuvo un comportamiento anormal que produjo un resultado dañoso, esto es, que funcionó mal; o habrá que probar *por qué* funcionó mal: defecto de fabricación, de funcionamiento, etc.? ¿Y si el examen del ascensor no arroja la causa del fallo de funcionamiento, ni se prueba ningún defecto en el aparato ni omisión alguna en las medidas de mantenimiento del mismo? ¿Y si no se llega a probar que el ascensor chocó contra los muelles del foso (recuperó automáticamente la altura necesaria para la apertura de las puertas)? *Si se trata de servicios que «incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad» (art. 148.1 TR LGDCU), ¿no es el daño la manifestación del defecto, por no haberse logrado la seguridad que el usuario del servicio podía esperar?*

Con un razonamiento *objetivo*, al juez al que le conste que la víctima salió del ascensor con unos daños causados por el funcionamiento anormal de éste, debería bastarle el artículo 148 TR LGDCU para dictaminar la responsabilidad del prestador del servicio: la empresa contratada para su mantenimiento. Sin embargo, en un supuesto como el descrito la STS de 16 de marzo de 2006 (RJ 2006/5621) consideró que el demandante debía probar el defecto, y como no se había comprobado «un mal funcionamiento en los mecanismos del ascensor», dejó a la víctima con el daño. En otros muchos casos se condena a

la empresa responsable del mantenimiento o a la propietaria alegando su comportamiento culposo. Tampoco está de más plantearse por qué entre las actividades de las que se responde objetivamente debería estar un riesgo plenamente asumido por todos como es el de utilizar un ascensor.

Parece por tanto muy necesario dar una interpretación razonable al artículo 148 TR LGDCU y, en concreto, ver si resulta coherente considerarlo una cláusula general por actividades anormalmente peligrosas en la que el legislador ha amalgamado algunos supuestos de riesgo extraordinario con otros que no lo son, pero para los que ha querido también el mismo modo de responder: el demandado no puede exonerarse probando su diligencia y el demandante no tiene que probar el defecto en el servicio que causa el daño.

7.3 Estructura del trabajo

Parece conveniente distinguir hasta cuatro modelos prácticos de «imputación subjetiva» en la responsabilidad civil extracontractual, que afectan de modo directo y principal a las reglas de la prueba (qué debe aportar el demandante u oponer el demandado para que prospere o no la pretensión de aquél):

— el modelo de culpa probada (regla general), que exige que el demandante pruebe la culpa (negligencia objetiva) del demandado;

— el modelo de culpa con inversión de la carga de la prueba (en los casos señalados por la jurisprudencia), en el que la posibilidad de que el demandado pruebe su diligencia para exonerarse de la responsabilidad debería ser una hipótesis real y no sólo un recurso retórico;

— el modelo de la responsabilidad por producto defectuoso, en el que el demandante debe probar el defecto del producto y el demandado puede acogerse a las causas de exoneración tasadas, algunas de las cuales contienen juicios de diligencia/negligencia;

— y finalmente, el modelo de la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, en el que al demandante le basta con probar que el daño es realización del riesgo propio de la actividad a la que se ha ligado la responsabilidad agravada y el demandado solo puede alegar causas tasadas de fuerza mayor.

Aunque el trabajo se centra en este último modelo, es aconsejable partir de la necesidad de distinguir –aunque sea con este esbozo– cada una de estas posibilidades, pues en la actualidad parece difundirse con ligereza la idea de que el

paso de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva no es algo nítido, ni siquiera escalonado, sino que se explica como un *continuum* en el que no resulta posible delimitar con exactitud dónde termina una forma de responder y dónde comienza la otra⁹⁸. Para M. Martín-Casals y J. Ribot, responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva no son conceptos que se opongan: «la situación existente se debería describir más bien como un *continuum* formado por reglas tradicionales de responsabilidad por culpa en su caso, convenientemente matizadas por la jurisprudencia, reglas de responsabilidad objetiva con variantes, según las excepciones admisibles en cada supuesto y, por último, supuestos excepcionales de responsabilidad absoluta»⁹⁹. Desde luego, no hay contradicción lógica alguna entre ellos ni pueden considerarse compartimentos estancos¹⁰⁰. La responsabilidad por culpa se acerca a la responsabilidad objetiva desde el momento en que la culpa se valora de manera objetiva, comparando la acción que tuvo lugar y la que hubiese sido conforme a la diligencia exigible; y además sus esferas se aproximan muy significativamente cuando se elevan los estándares de diligencia, algo que debería ser directamente proporcional al grado de peligrosidad de la cosa o actividad. Las diferencias resultan especialmente tenues en el caso de la responsabilidad por producto defectuoso, que incluye causas de exoneración que constituyen verdaderos juicios de negligencia¹⁰¹.

En el comentario al artículo 4:201 PETL (Inversión de la carga de la prueba), B. A. Koch comenta que se ha querido dotar a los Principios de un sistema flexible, partiendo de que no hay una frontera determinada (ni determinable) entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva; añade que el régimen de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas de los Principios tiene un ámbito de aplicación muy restringido (art. 5:101), y que por eso se ha visto conveniente que el juez pueda agravar la responsabilidad de quienes causen daños por ejercitar ciertas actividades peligrosas que no entran dentro de aquel ámbito de aplicación, mediante la inversión de la carga de la prueba de la culpa, o mejor, de los hechos que justifican que el juez considere la conducta como culposa¹⁰².

F. Pantaleón denuncia que una cosa es describir que *de hecho* en la práctica judicial de algunos países no resulte posible señalar las fronteras entre los

⁹⁸ ROGERS W. V. H., «England», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification...*, cit., pág. 101, pero también los comentaristas de Holanda, Francia, Austria, Alemania, Italia y España lo ponen de relieve: KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification...*, cit., págs. 432 y 433. SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales...», cit., págs. 80 y 81.

⁹⁹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 829.

¹⁰⁰ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 249.

¹⁰¹ SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales...», cit., págs. 80 y 81.

¹⁰² KOCH, B. A., *Principios...*, cit., págs. 134 y 135.

supuestos; y otra, dar a entender que ésta sea una situación deseable. No parece buena idea dar aparente cobertura doctrinal o teórica a una práctica judicial que termina desnaturalizando la responsabilidad por culpa y aplicando una idea subjetiva de equidad¹⁰³. Sin duda el cometido tiene su dificultad, pero si se parte de la indiferencia(bilidad) de los supuestos, la propia distinción queda en entredicho. La misma idea de un *continuum* no es del todo compatible con que existan motivos razonables para que en algunos casos se responda por culpa, en otros por riesgo extraordinario, en otros por defecto, que se limite la protección supuesto a supuesto, etc.

Por el contrario, hay buenos motivos para desear una clarificación y buenos criterios para dibujar las fronteras entre los supuestos de responsabilidad por culpa (probada o presumida), por defecto, y objetiva (por riesgo anormal), y para excluir los modelos que no aporten suficiente racionalidad, como la «responsabilidad por el hecho de las cosas» o los artículos 147 y 148 TR. De este modo se introducirían importantes mejoras en el sistema, y no por un mero deseo formal de claridad, sino por la enorme importancia práctica que tendría esta clarificación para los intervinientes en el escenario jurídico, especialmente en el proceso judicial.

Desde otra perspectiva, este trabajo se pregunta si todas esas realidades a las que llamamos «responsabilidad objetiva» (desde el artículo 1905 del Código civil español, sobre daños causados por animales, hasta el artículo 148 TR, de responsabilidad por servicios prestados a los consumidores, pasando por la cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas del artículo 5:101 PETL, o la propia evolución jurisprudencial de la «doctrina del riesgo») conforman un modelo de responsabilidad conmensurable, esto es, si «responsabilidad objetiva» es una categoría con un contenido razonablemente homogéneo como para merecer un tratamiento legal y doctrinal más armonizado, o si es preferible seguir tratando por separado cada supuesto, como hasta ahora. Si se encontrara una morfología común a los supuestos de responsabilidad objetiva, se reforzaría la convicción de que existen condiciones suficientes para que prospere una cláusula que recogería los elementos típicos y los sintetizaría para acoger a nuevos supuestos. Para esta tarea me propongo el siguiente esquema de trabajo:

1) estudiar los elementos de la responsabilidad objetiva: fundamento (justificación de su ámbito de aplicación) y estructura (elementos que conforman el supuesto de hecho y la respuesta jurídica: el riesgo cubierto/ámbito de

¹⁰³ PANTALEÓN, F., «Principles...», cit., págs. 5 y 6.

■ RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL

protección de la norma; los límites de la protección –en los bienes protegidos, en los sujetos protegidos, en las cuantías indemnizatorias–; las causas de exoneración y el sujeto responsable). Es el contenido de los capítulos segundo y tercero; 2) analizar en qué medida este esquema lógico (n. 1) se encuentra presente en nuestro ordenamiento: en la legislación (capítulos segundo y tercero) y en la jurisprudencia (capítulo quinto); 3) analizar la cláusula general (capítulo cuarto); 4) y concluir sobre las necesidades actuales de la responsabilidad objetiva entre nosotros, con propuestas de interpretación y *lege ferenda*.

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad por culpa, donde es siempre el juicio de negligencia –con su flexibilidad– el que protagoniza el fundamento de la imputación subjetiva, constituyéndose en auténtico *requisito* o *presupuesto* de la pretensión resarcitoria, en la responsabilidad objetiva suele admitirse que no existe un único argumento o principio que la justifique, sino un conjunto de criterios que, al combinarse, avalan el reconocimiento legal –en su caso, también jurisprudencial– de este tipo de responsabilidad. Como se ha visto en el capítulo precedente, lo que hacen las diferentes propuestas para el reconocimiento de una «cláusula general» de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas es, precisamente, enumerar los elementos que deberían concurrir para que se responda de ese modo.

1. RIESGO ANORMAL

Entre esos criterios destaca el peligro o riesgo creado por la cosa o actividad que causa el daño, que debe ser extraordinario o anormal «respecto del que normalmente supone para uno mismo y para los demás cualquier cosa o actividad»¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, lo propio de la responsabilidad objetiva es quedar ligada a ciertas cosas o actividades *anormalmente peligrosas*, lo que obliga a determinar cuándo lo son. Existe cierta unanimidad en aceptar que los criterios para decidirlo son, bien la probabilidad especialmente alta de que el

¹⁰⁴ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 830.

daño ocurra (circulación de vehículos a motor), bien la probabilidad de que la medida del daño sea catastrófica (navegación aérea)¹⁰⁵, bien –añaden Canaris/Larenz– el desconocimiento de un riesgo potencial que *a priori* no quepa excluir (manipulación genética)¹⁰⁶.

Para algún autor, el criterio de peligrosidad anormal podría justificar por sí solo el reconocimiento de una responsabilidad objetiva¹⁰⁷. Pero ni siquiera esta afirmación resulta pacífica: ¿por qué se debería responder de otro modo por una actividad que genera un riesgo de dañar que puede ser evitado adoptando las medidas de diligencia razonablemente exigibles? Cuando en un determinado ámbito de peligro la diligencia es suficiente para evitar los daños inherentes a ese riesgo, ¿por qué hacer responder de otro modo? Y si el problema gira más bien en torno a la dificultad para probar la culpa o la relación causal entre ésta y el daño, ¿por qué no iba a bastar con ofrecer modos de facilitarla, sin tener por ello que cambiar las reglas del juego?

Tratando de enfocar con mayor precisión el criterio de «peligrosidad anormal», Canaris/Larenz explican que lo que se encuentra en el núcleo de la responsabilidad objetiva no es tanto una consideración abstracta sobre lo ordinario o extraordinario de la «peligrosidad» de cierta cosa o actividad, como la relación entre el presunto responsable y ese riesgo extraordinario: si lo «causa» y/o lo «domina». Así, el que manipula sustancias venenosas o usa un vehículo, el que explota una empresa de transporte o de energía (supuestos todos de responsabilidad objetiva en Alemania) amenaza con causar daños que están muy por encima de los riesgos ligados a las actividades ordinarias; pero no se trata simplemente de que ese riesgo extraordinario *potencial* haya llegado a *actualizarse* en un caso concreto (el veneno se filtra, los frenos fallan, la locomotora descarrila o el reactor atómico queda fuera de control, con daños mortales en todos los casos), sino de que quien manipula esas cosas o se dedica a tales actividades no puede evitar del todo la causación de algunos daños, aunque tome las medidas de diligencia exigibles, o incluso toda la diligencia imaginable. Si queremos que también esos *daños residuales* –causados «sin culpa»– sean resarcidos a las víctimas que no se expusieron voluntariamente al riesgo, necesitamos un criterio de imputación de la responsabilidad que no sea la culpa, y que en los ordenamientos jurídicos del ámbito germánico se conoce

¹⁰⁵ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 830. KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», pág. 408. KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 231.

¹⁰⁶ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 606.

¹⁰⁷ KOZIOL, H., *Grundfragen ...*, cit., pág. 247. KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 413: aunque se trate del factor más relevante debería valorarse con flexibilidad, y no como una nota definitiva.

como *Gefährdungshaftung*: responsabilidad por «amenaza de peligro» o «peligrosidad». El titular de una fuente de peligro extraordinario, en la medida en que la explota y domina, es también quien está en condiciones de decidir si desarrolla esa actividad haciéndose cargo de los daños que cause dentro del ámbito de riesgo que le es propio, si se deshace de ella, si la asegura, etc.¹⁰⁸.

Desde esta perspectiva, los autores mencionados subrayan que el hecho de que la responsabilidad no dependa de la culpa no implica que se trate de una responsabilidad por mera causación, o de un mero reparto social de ciertos riesgos; se trata de una responsabilidad *personal* imputable a un comportamiento libre, el de quien decide servirse de una fuente de riesgo para poner en marcha una actividad y obtener así una ganancia, y que en el desarrollo de dicha actividad causa un daño, quizá a pesar de haberla llevado a cabo diligentemente. Esto resulta esencial para justificar que, si no es la víctima quien debe soportar el daño, lo sea un sujeto privado y no el Estado, dentro de la cobertura social de los daños accidentales que éste pueda prestar¹⁰⁹. Con todo –concluyen–, se trata de un argumento que no tiene el mismo nivel de profundidad o fuerza de convicción que el de la culpa para fundamentar la responsabilidad, pues en este caso existe un juicio de desvalor sobre la conducta del responsable, y en el caso del riesgo hay que reconocer que en muchos aspectos ese mismo riesgo debe considerarse deseable, pues son muchos los que sacan partido de él, incluido el Estado a través de los impuestos¹¹⁰.

2. INOPERANCIA DEL JUICIO DE NEGLIGENCIA

Las diversas propuestas de cláusula general de responsabilidad objetiva suelen referirse a las actividades anormalmente peligrosas añadiendo que la adopción de las medidas de precaución razonablemente exigibles no basta para evitar la causación de daños frecuentes o importantes. Desde esta perspectiva, que un riesgo se considere extraordinario no es suficiente para justificar otro modo de responder; debe tratarse además de una realidad en la que la culpa no funcione correctamente como criterio de imputación, en la medida en que el comportamiento diligente exigible no evita por completo la eventual causación de daños. Con otras palabras, se trata de casos en los que la responsabilidad por culpa dejaría sin resarcimiento a las víctimas de daños personales *accidentales* (los causados a pesar de haberse desplegado la diligencia exigible).

¹⁰⁸ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 605 y ss.

¹⁰⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 608.

¹¹⁰ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 608 y 609.

De la mano de los analistas económicos del Derecho —especialmente Shavell y Posner¹¹¹—, G. Wagner se detiene en la importancia de los llamados daños residuales (los que surgen a pesar de haberse puesto las medidas de diligencia exigibles) y destaca que la diferencia fundamental entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva reside en que ésta «traslada» dichos daños a quien los ha causado, en tanto aquélla los deja en el dañado¹¹². De aquí que la responsabilidad objetiva sea el régimen de responsabilidad adecuado para actividades en las que existe una cierta probabilidad de causar daños considerables a pesar de haberse observado las medidas de cuidado razonablemente exigibles.

El análisis económico del Derecho parece haber demostrado que la responsabilidad objetiva no sólo es capaz de jugar un papel «preventivo» tan eficiente como la responsabilidad por culpa, sino que es capaz de llegar más lejos, en la medida en que exige al titular de la fuente de riesgo no sólo una decisión sobre las medidas de prevención que estará razonablemente dispuesto a invertir, sino otra sobre el nivel de actividad que estará dispuesto a desarrollar sabiendo que deberá hacer frente a los daños que resulten causados por dicha actividad, provengan o no de un comportamiento objetivamente negligente¹¹³.

La consideración de este aspecto positivo (un control eficiente sobre el nivel de actividad de la empresa peligrosa) podría hacernos pensar —advierte G. Wagner— que la responsabilidad objetiva es preferible a la responsabilidad por culpa, pero no hay que perder de vista que presenta también sus debilidades: en parte, porque no puede prescindir de si concurre la culpa de la víctima; en parte, porque en los ámbitos de responsabilidad objetiva se producen más «accidentes», luego mayores costes de transacción. Estos inconvenientes sólo deberían asumirse si efectivamente se vieran compensados por una ventaja importante, como es la de optimizar el nivel de la actividad que genera el riesgo, y *hay que reconocer que esto resulta especialmente deseable cuando el cumplimiento de las medidas de seguridad exigibles no resulta suficiente para impedir el daño*. Cuando se trata de ámbitos o actividades en los que el comportamiento diligente es suficiente para evitar el daño, carece de sentido limitar el nivel de actividad. Sin embargo, existen escenarios en los que no ocurre

¹¹¹ SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Massachusetts)-London: Harvard University Press, 1987, págs. 21 y ss.

¹¹² WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., págs. 272 y ss.

¹¹³ FAURE M., «Economic Analysis», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 364 y ss. KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, 10.^a ed., München: Luchterhand-Wolters Kluwer Deutschland, 2005, págs. 193 y ss. SCHÄFER/OTT, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid: Tecnos, 1986, págs. 119 a 123. SHAVELL S., *Economic Analysis...*, cit., págs. 21 y ss.

así: como todo conductor sabe, los accidentes de tráfico no pueden evitarse por mucho que se cumplan todas las normas de tráfico y se procure poner el cuidado debido; desde esta perspectiva, el conductor que conduce mucho, aunque lo haga diligentemente, causa a la larga más accidentes (daños accidentales) que el que conduce poco en iguales condiciones. Si se desea controlar el «volumen de conducción» será más eficaz una responsabilidad que no dependa del nivel de diligencia que se adopte ¹¹⁴.

3. COMUNIDAD DE RIESGO

Por otra parte, encontramos supuestos de responsabilidad objetiva –al menos, que se aceptan y estudian como tales– en los que no concurre un «riesgo extraordinario» ni puede descartarse *a priori* la eficacia del juicio de negligencia, aunque sí resulte típicamente problemática su prueba. El paradigma sería la responsabilidad por productos defectuosos.

El daño causado por el producto defectuoso no es consecuencia de una actividad anormalmente peligrosa; quizá tampoco lo sea de una actuación negligente. Como afirma P. Widmer, no se puede producir siempre perfecto, pues no es algo que beneficie siempre a todos y, desde luego, no hay nada reprochable en no producir perfecto; normalmente, más barato significa menor perfección y, por lo tanto, mayor riesgo, pero esto no impide a cada uno escoger el riesgo/precio que esté dispuesto a asumir o se pueda permitir. La mayoría de consumidores se beneficia de este sistema, pero a algunos les toca en suerte un producto defectuoso, y parece lógico que el daño que se les causa se resarza con independencia de que quepa apreciar y probar la culpa del fabricante.

Hay que admitir que en los casos de daños provocados por productos defectuosos producidos en masa, lo normal será que se haya puesto la misma diligencia en producir los ejemplares correctos que el defectuoso (¿cómo se podría probar la culpa si la gran mayoría de unidades ha sido correcta y sólo alguna defectuosa dentro de idéntico procedimiento?), luego nos hallamos en un ámbito de actividad en el que la culpa cumple defectuosamente su papel como criterio de atribución de la responsabilidad.

Aquí no hay un riesgo anormal; es más bien *estadístico*, en el sentido de que acontece dentro de un proceso de fabricación en masa que es común a todos los productos de la misma serie, y que se actualiza solo en el caso defectuoso, que resulta *peligroso en tanto que inseguro* para el que lo adquiere.

¹¹⁴ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., págs. 194 y ss.

Ahora bien, si la actividad de producción no es peligrosa en sí, ¿por qué se ha de responder de manera objetiva? Hay que reconocer que la razón que justifica esta obligación responde más a una lógica contractual que extracontractual: el consumidor puede legítimamente esperar que el producto tenga la misma seguridad que los de su misma serie, pues el fabricante *garantiza* la seguridad de su producto¹¹⁵. Además, el fabricante se encuentra en una posición que le permite repercutir el coste de la indemnización pulverizado entre todos los adquirentes y, desde esta perspectiva, los compradores aparecen como la comunidad de riesgo interesada en que el fabricante centralice la cobertura constituyéndose en asegurador del daño que causen los productos defectuosos: bastará que asegure su actividad y reparta el importe de la prima del seguro entre los compradores/potenciales víctimas¹¹⁶. También se puede mencionar la desigual posición de las partes en cuanto a la prueba del defecto, de la relación causal entre el defecto y el daño, y de la culpa en el proceso de fabricación.

De esta manera adquiere una importancia decisiva la idea de *comunidad de riesgo*: el fabricante que responde de manera objetiva por los daños que causen sus productos defectuosos actúa como asegurador de esos daños incorporando al precio del producto la prima del seguro. De este modo, centraliza la cobertura de los daños por defectos, cuyo coste repercutirá entre todos los compradores en beneficio de los que adquieran el producto defectuoso.

Ahora bien, la idea de una comunidad de riesgo (adquirentes del producto) que cubre los daños que causen los productos defectuosos, convirtiendo al productor en el fondo de compensación que gestiona la financiación del seguro, se presenta como un argumento menos neto o firme que otros –como la culpa o el aprovechamiento de un riesgo anormal– para fundamentar la responsabilidad.

Un supuesto que combina de una manera peculiar los criterios utilizados hasta ahora es el de la circulación de vehículos a motor: aquí encontramos la posibilidad de que los daños sean tanto abundantes como de extrema gravedad; se trata además de un ámbito en el que la diligencia no es suficiente para evitar los daños; y también encontramos una comunidad de riesgo interesada en arbitrar mecanismos que permitan una buena gestión de los daños típicos que se causen en su entorno. Es lógico que esa comunidad se interese por contar con un mecanismo que le permita cubrir los daños que se causen en su ámbito (incluyendo los que de otro modo quedarían sin atender: los causados sin culpa, por desconocidos, por sujetos insolventes...), y que cree un fondo de

¹¹⁵ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 452.

¹¹⁶ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., págs. 246 y 247. FLEMING, J. G., *The Law of Torts...*, cit., pág. 307.

compensación al que contribuyan los partícipes. Este interés es legítimo, aunque lo decisivo será estudiar cómo reparte los riesgos (los daños) entre esos partícipes: la comunidad, las aseguradoras y las víctimas.

Otras notas peculiares serían, por una parte, que entre los conductores el riesgo es mutuo o recíproco, esto es, se comparte activa y pasivamente por los miembros de la comunidad, lo que no ocurre –por ejemplo– frente a los peatones o ciclistas; por otra, se trata de una actividad tan común y aceptada por todos que el riesgo ha devenido ordinario, pues un riesgo recíproco al que nos sometemos de modo habitual no parece que merezca el calificativo de anormal o extraordinario. Así, recordemos que en los *Restatements* estadounidenses el riesgo de uso común no se considera anormal ni digno de una responsabilidad objetiva. Sin embargo, en el Proyecto suizo, que tanto se asemeja a aquéllos, no se recogió esta exclusión, probablemente pensando en el caso del tráfico rodado¹¹⁷.

Como señala P. Widmer, desde la perspectiva de los riesgos que han devenido ordinarios, el tren o el avión deberían haber dejado de estar considerados como ámbitos propios de la responsabilidad objetiva; sin embargo, este razonamiento parece ignorar que siguen concurriendo otros criterios a favor de la responsabilidad objetiva, como que la actividad es gravemente peligrosa y que es un terreno en el que la culpa no funciona como criterio de imputación; además, el volumen de litigiosidad y la necesidad de facilitar la agilidad de los procesos hablan también en favor de mantener el supuesto como propio de responsabilidad objetiva¹¹⁸.

4. *CUIUS COMMODUM, EIUS DAMNUM* Y OTROS ARGUMENTOS ECONÓMICOS

A la idea de que debe responder el que «causa» y «domina» la fuente de riesgo anormal que provoca el daño (concurra o no con un comportamiento negligente) se suma otra, que apela a la correspondencia que debe existir entre el peligro causado por una determinada actividad y el beneficio que se obtiene con ella, de manera que beneficio y daño recaigan sobre la misma persona: el responsable de la actividad. El poder de convicción de este principio general –que, como todo principio demanda cierta flexibilidad y admite excepciones–

¹¹⁷ WIDMER, P., «Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene», en ZIMMERMANN, R. (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pág. 174: La actividad habitual o normal no suele considerarse «anormalmente peligrosa».

¹¹⁸ WIDMER, P., «Reform...», cit., pág. 174.

es especialmente grande cuando el titular de la actividad actúa profesionalmente para obtener un provecho económico, pues se trata de alguien que está en condiciones de adoptar la solución técnica que prefiera: asegurarse y trasladar el coste del seguro a los clientes a través del precio de los productos, cesar o moderar su actividad, arriesgarse a que no se produzcan daños, etc.; y lo es aún más cuando se trata de un beneficio de naturaleza privada: cuando un particular *se sirve* de un caballo o una serpiente venenosa en interés o provecho propio (comercial o no) *parece preferible* que sea éste –y no la víctima– quien cargue con el daño que sus animales causen a otros, también cuando no quepa reprocharle nada a su conducta, ni a la de las víctimas, ni a un tercero ¹¹⁹.

Con todo, para B. A. Koch y H. Koziol el principio *cuius commodum, eius damnum* juega un papel menos relevante de lo que pudiera parecer, pues se ha de valorar en situaciones en las que entran en conflicto varias libertades igualmente legítimas ¹²⁰. Así, el interés de la víctima en no resultar lesionada por la actividad de otro resulta tan legítimo *a priori* como el del titular de la fuente de peligro en llevar a cabo una actividad lícita y lucrativa: ¿por qué se habrían de cambiar las reglas de juego de la responsabilidad?

Cabe añadir que la posición de quienes se aprovechan de fuentes de peligro de las que se debe responder objetivamente no es en todos los casos la misma. Es cierto que tanto quien explota una central nuclear como quien conduce un coche se benefician del peligro que estos objetos representan para los demás y para ellos mismos, pero la composición de intereses en caso de conflicto no es idéntica. Si se trata de conductores, existe cierta reciprocidad en el riesgo al que éstos se someten mutuamente (como se veía al tratar de la idea de «comunidad de riesgo»), lo que no se da en el caso de la central nuclear o de un avión de pasajeros. El caso de los productos defectuosos es también distinto, pues aquí el «riesgo» –en realidad, el defecto– no beneficia a nadie. Si entendemos que en todos estos casos se encuentra justificada la responsabilidad objetiva, resulta obvio que en cada supuesto concurre un conjunto de argumentos diferente y que las nociones de «riesgo extraordinario», «beneficio» o «comunidad de riesgo» son comunes a varios de ellos sólo en la medida en que aceptemos que se trata de conceptos análogos.

Otro argumento económico suele ser el de la asegurabilidad de la actividad que causa los daños. Nadie niega que, lógicamente, la posibilidad de asegurar los daños que cause una actividad pueda influir a la hora de valorar si ésta debería estar o no sujeta a una responsabilidad objetiva (*lege ferenda*), pero no puede

¹¹⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., 606. PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 450.

¹²⁰ KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 412.

aceptarse que dicha posibilidad constituya en sí un criterio de imputación –aunque alguna sentencia disparatada lo haya aceptado¹²¹–, tampoco cuando el seguro sea obligatorio. Hoy puede considerarse jurisprudencia firme que

«[c]iertamente, cuando la ley atribuye a la responsabilidad generada por un cierto tipo de actividad la característica de ser objetiva, a continuación exige la contratación de un seguro para garantizar las indemnizaciones a las víctimas de los daños. Pero no siempre que se obliga al aseguramiento de una actividad se debe concluir que ello ocurre porque se está configurando como objetiva, como se demuestra claramente de la lectura» de la misma normativa que impone la obligatoriedad del seguro (en la STS de 21 de mayo de 2009 [RJ 2009/3030] se trataba del RD 607/1999, sobre seguros de embarcaciones de recreo, que cuenta con que la responsabilidad es por culpa). En sentido idéntico, la STS de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011/2771).

Como observan B. A. Koch y H. Koziol, la posibilidad de asegurar los daños que cause eventualmente la actividad juega un papel relevante en la distribución en masa de bienes, como ocurre con la responsabilidad por productos defectuosos; según se ha visto, el fabricante puede asegurar con facilidad los daños que causen sus productos con cargo al precio que tendrán éstos, pero de aquí no cabría deducir sin más la obligación de asegurarse, y mucho menos la de responder de manera objetiva por los productos defectuosos. Por otra parte, en muchos supuestos no resulta fácil decidir *a priori* qué será más eficiente económicamente, acudir al seguro de responsabilidad civil del potencial dañador o al seguro de accidentes de las potenciales víctimas¹²², ni determinar el coste de administración que acarrearía uno u otro modelo, etc. En cualquier caso, una cosa es la «asegurabilidad» como dato o criterio que hable –junto a otros– a favor del reconocimiento de un ámbito de responsabilidad objetiva, y otra la existencia de un determinado contrato de seguro en un caso concreto. El seguro obligatorio no es en ningún caso la causa o razón de la responsabilidad; lo será el riesgo, la inoperancia de la culpa, o lo que sea que haya hecho tomar esa decisión, que es precisamente la que obliga a asegurarse¹²³.

También se menciona, entre los argumentos a favor de la responsabilidad objetiva, la capacidad económica del obligado a resarcir o criterio del «bolsillo profundo» (*deep pocket argument*). Parece obvio que no se trata de un argumento en el mismo sentido que los mencionados hasta aquí. No parece nece-

¹²¹ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 449. El BGH también ha tenido en cuenta en alguna ocasión la asegurabilidad como criterio de imputación de la responsabilidad y ha sido muy criticado; KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 245.

¹²² PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 449.

¹²³ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 244.

sario ahondar en la idea de que la capacidad económica del causante del daño no puede ser fundamento o criterio de justificación de la obligación de indemnizar (resulta muy delicado el debate en torno a si podría serlo en el caso de que el causante del daño sea un inimputable con patrimonio ¹²⁴), como tampoco lo es la capacidad económica de la víctima. Incluso desde el punto de vista económico, la idea de que pague «el que puede» no deja de ser un espejismo, pues –pongamos por caso– la empresa que desarrolla la actividad anormalmente peligrosa repercutirá sobre sus clientes la carga financiera que suponga esta responsabilidad, por objetiva que se quiera. Quizá sea difícil impedir que en la decisión del juez pese la «capacidad económica» de quien ha causado el daño, estén o no suficientemente probados los presupuestos de la responsabilidad, pero pretender que esto se convierta en fundamento de la responsabilidad objetiva no merece mayor comentario.

5. JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Los argumentos traídos hasta ahora –salvo la idea de una comunidad de riesgo, y solo desde cierto punto de vista– tratan de justificar la responsabilidad objetiva con criterios de justicia que sirven entre dañantes y dañados, esto es, entre los inmediatamente afectados por el supuesto de hecho y, por tanto, de justicia conmutativa. Sin embargo, algunos autores hacen hincapié en que los conflictos de responsabilidad objetiva están también influidos por consideraciones propias de la justicia distributiva.

En un trabajo clásico sobre la responsabilidad objetiva, J. Esser había puesto de relieve que lo peculiar de ésta es que no trata de imputar los daños causados por actos ilícitos (la antijuridicidad sí es un requisito de la responsabilidad civil en un sistema típico, como es el alemán), o de restituir a cada uno lo que le corresponde –principios fundamentales de justicia conmutativa–, sino de *distribuir los daños accidentales* (daños residuales), esto es, de decidir a cargo de quién se ponen los daños no culposos, y había ordenado la cuestión como propia de la justicia distributiva ¹²⁵. A partir de esta idea, Canaris/Larenz comentan que, aunque entre los sujetos afectados por la responsabilidad objetiva no se dé propiamente una relación de subordinación –característica de la justicia distributiva–, sí puede apreciarse entre ellos una posición netamente desigual, ya que no es una responsabilidad entre quienes se someten recípro-

¹²⁴ Véase, por ejemplo, CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 650 y ss

¹²⁵ ESSER, J., *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2.^a ed., 1969, págs. 69 y ss.

camente a un riesgo similar (en el singular caso de los conductores de automóvil también puede contraponerse la comunidad de riesgo frente a cada una de las víctimas; o en los productos, la comunidad de compradores frente al comprador del ejemplar defectuoso) sino entre los titulares que explotan determinadas fuentes de riesgo extraordinario y el resto de ciudadanos ¹²⁶.

A G. Wagner no le resulta convincente este modo de presentar la responsabilidad objetiva exclusivamente al servicio de la distribución de los daños accidentales o por infortunio porque, desde esta perspectiva, podría parecer que la responsabilidad objetiva no tiene en cuenta el comportamiento del causante del daño y, por lo tanto, que carece de potencial preventivo, algo que desmienten los analistas económicos del Derecho ¹²⁷. Ahora bien, admite que, salvo en la circulación de vehículos a motor y entre conductores, en los demás supuestos de responsabilidad objetiva existe una desigualdad notoria entre las partes afectadas: uno explota la actividad peligrosa en interés propio y el resto sufre la amenaza potencial de ese riesgo a cambio de un beneficio mucho más difuso, si es que recibe alguno; y en este sentido –y solo en este–, puede decirse que la responsabilidad por riesgo persigue también un fin distributivo: no trata solo de asignar los daños accidentales con ciertos criterios de justicia, como Esser pretendía, sino de atribuir el daño causado por fuentes de peligro *que se encuentran desigualmente repartidas en la sociedad* ¹²⁸. Claro que desde esta perspectiva se termina por dejar de lado algunos supuestos clásicos de responsabilidad objetiva: animales domésticos, uso de bombonas de gas, conducción de vehículos, etc.

En otros casos –pienso ahora sobre todo en la circulación de vehículos a motor y en los productos defectuosos–, la desigualdad proviene de comparar el daño de la víctima con el interés común a todos los miembros de una comunidad de riesgo en contar con un mecanismo seguro y rápido de indemnización que no dependa de un juicio de negligencia. Como aquí no se trata simplemente de la lógica conmutativa entre dañante y dañado, con sus intereses privados, sino también del interés común de esa comunidad, surge la cuestión de si la responsabilidad objetiva debería limitarse –en cuanto a los tipos de daño cubierto y a las cuantías indemnizables– para facilitar la viabilidad del sistema. Parece que estos límites benefician a la comunidad (que accede a pólizas más económicas) y a las aseguradoras (que prevén y limitan con seguridad sus costes) y a la eficacia y rapidez del sistema, pero lo hacen a costa de

¹²⁶ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 608.

¹²⁷ Sobre responsabilidad civil extracontractual y función preventiva, PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., págs. 442 y ss.

¹²⁸ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 196.

las víctimas. Lógicamente, la necesidad de acudir o no a la responsabilidad por culpa dependerá en gran medida de la justicia de las cuantías cubiertas por el seguro obligatorio. La pregunta queda abierta: ¿sería posible –y en su caso, más justo– un sistema en el que los partícipes pagaran cuotas algo más caras y las aseguradoras obtuvieran beneficios menos abultados? Es al legislador a quien corresponde valorar este equilibrio y responder a la pregunta, pero convendría, si fuera posible, que la dé sin tomarla prestada de una de las partes interesadas.

6. OTROS ARGUMENTOS

Para concluir, habría que citar algunos argumentos menores que adquieren diverso alcance según combinen con los precedentes: por ejemplo, suele mencionarse la utilidad social (más o menos general) que proporciona la actividad peligrosa (transporte, suministro de energía o agua, etc.)¹²⁹, y hay quien habla incluso del interés público en que exista dicha actividad. Desde esta perspectiva, se dice que cuando las actividades extremadamente peligrosas son muy convenientes o necesarias para el bien común, parece razonable compensar a una víctima lesionada por una decisión –permitirlas– que beneficia a todos. Sin embargo, Canaris/Larenz opinan que la idea resulta poco provechosa, o incluso equívoca, pues parece dar a entender –con poco acierto– que la responsabilidad objetiva es el precio que hay que pagar por explotar determinadas fuentes de riesgo, como si lo propio de esas actividades fuera prohibirlas, lo que resulta ridículo en prácticamente todos los casos; además, podría utilizarse para promover la idea de que el legislador, en estos casos de riesgo extraordinario no tendría libertad para optar entre la responsabilidad por culpa y la objetiva, sino que estaría obligado a elegir ésta, precisamente para compensar por el hecho de haberla permitido, lo que no resulta aceptable¹³⁰. Por otra parte, si el interés en desarrollar esa actividad es común o general, lo que habría que justificar es que sea un particular el que sufra el daño causado con ésta, y no la comunidad beneficiada, esto es, el Estado. Con todo, lo cierto es que si no existe ese interés o no resulta proporcionado respecto del riesgo que se despliega, habría que negar la conveniencia de fomentar o impulsar dicha actividad.

¹²⁹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 830. KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 412.

¹³⁰ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 606.

G. Wagner apunta que si se hubiesen prohibido o limitado de forma poco razonable *los riesgos ligados al desarrollo técnico* –esto es, casi todas las actividades de las que hoy se responde objetivamente–, se hubiese perjudicado de manera notoria al progreso y aún estaríamos en la prehistoria tecnológica, habiendo «causado» quizá mucho más daño del que tratábamos de evitar. La responsabilidad objetiva permite resolver el conflicto *ex post*, concediendo a la víctima una pretensión de daños que no depende del juicio de negligencia que merezca el titular de la fuente de riesgo¹³¹.

Un argumento práctico a favor del reconocimiento de la responsabilidad objetiva es que a la víctima/demandante se le evita la prueba de la culpa del causante del daño/demandado, que en ocasiones puede resultar especialmente difícil (daños causados en complejas instalaciones industriales, infecciones hospitalarias, etc.)¹³². Se habla así de la «debilidad estructural» de algunas víctimas, a las que el legislador debería proteger, por ejemplo, cuando encuentran dificultades irresolubles para probar la culpa o la relación de causalidad¹³³. Pero parece claro que hacer responder con independencia de la culpa no es la única manera de resolver las dificultades en materia de prueba, y se comprende fácilmente que la inversión de la carga de la prueba (de la culpa) consigue un resultado práctico muy cercano sin tener que remover la regla general. Lógicamente, la diferencia estará en que si se opta por un sistema de culpa con inversión de la carga de la prueba, se debería estar dispuesto a exculpar a quien pruebe que adoptó una diligencia no solo *teóricamente* exigible, sino en supuestos de diligencia *típicamente* alcanzable¹³⁴; si no se deja abierta esa posibilidad o se limita a supuestos excepcionales, sería preferible optar por una responsabilidad objetiva que diseñe con acierto las excepciones oponibles.

Es indudable que el reconocimiento de una responsabilidad objetiva presenta además otras importantes consecuencias prácticas para el proceso, pero esto no permite afirmar que esas consecuencias –por ejemplo, beneficiosas para la víctima– sean el motivo por el que se deba responder de ese otro modo, aunque lógicamente puedan influir en la decisión que se vaya a tomar *lege ferenda*. Suele defenderse también que el hecho de introducir supuestos de responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico ayuda a mantener la responsabilidad por culpa dentro de sus límites, evitando deformar el concepto de culpa, etc.; pero tampoco puede considerarse que esto fundamente dicha responsabilidad, aunque sea un motivo por el que interese defenderla.

¹³¹ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 193.

¹³² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 830.

¹³³ KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 411.

¹³⁴ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 247.

Se dice que la introducción de formas más rigurosas de responsabilidad suele ponerse al servicio de doctrinas que propugnan como finalidad primaria de la responsabilidad civil la de mejorar la situación de las víctimas, aunque tampoco esto resulte del todo satisfactorio y en el fondo persigan, «al menos para los supuestos de lesiones corporales y muerte, su sustitución por sistemas de cobertura de accidentes al margen de la responsabilidad civil»¹³⁵, cuya justificación excede –con mucho– de la de un sistema de responsabilidad civil que no dependa de culpa.

Otro argumento, esta vez relacionado con la causa del daño, es la mayor o menor posibilidad de evitarlo. La responsabilidad objetiva debería tener en cuenta quién se encuentra en mejor posición para evitar el daño –el que controla la fuente de peligro o la víctima–, de manera que recaiga del lado de quien hubiera podido evitarlo con mayor facilidad: si la víctima no tiene posibilidad de evitar el daño, debería imputarse al titular de la fuente de peligro; pero ocurre lo contrario cuando la víctima se expone intencionalmente a dicha fuente o cuando pudo fácilmente eludirla. Así, ningún espectador puede sustraerse del peligro que causa un automóvil fuera de control, o una avioneta que se estrella, o un reactor atómico defectuoso; y como la posibilidad de autodefensa no existe, o tiene una importancia marginal, parece más acorde con los principios de justicia reconocer a la víctima una pretensión de indemnización por el hecho de haberse creado ese riesgo, y no tanto por el comportamiento –reprobable o no– de quien se sirve de él¹³⁶. La reflexión obliga a considerar la fuente del daño en el contexto concreto en el que se encuentren los afectados: la mordedura de serpiente venenosa merecerá un trato diferente si se trata de un ejemplar que se escapó del terrario en el que podía ser observada por el público, o si se encuentra en una zona natural protegida en la que se advierte del peligro de su existencia y los visitantes asumen el riesgo de encontrársela.

7. ALGUNAS PROPUESTAS

Después de este repaso a los principales argumentos con los que se pretende fundamentar la responsabilidad objetiva, la impresión general es que no parece haber criterios definitivos, y que es la concurrencia de varios de esos *tópicos* lo puede desencadenar el reconocimiento de dicha responsabilidad agravada, aunque sea difícil establecer *a priori* en qué casos. En efecto, no

¹³⁵ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 830 y 831.

¹³⁶ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 606.

resulta fácil aceptar que uno solo de esos argumentos sea suficiente por sí para justificar otra manera de responder:

— la especial peligrosidad de una actividad, por elevada que sea, no justificaría ese modo de responder si se trata de daños que pueden evitarse adoptando algunas medidas razonables de diligencia (esto es, medidas con un coste que no desincentive la actividad).

— si se trata de dificultades en la prueba de la culpa (o de otros presupuestos de la pretensión indemnizatoria), podrían bastar las medidas encaminadas a facilitarla, como la inversión de la carga de su prueba.

— si lo decisivo es que el actuar razonablemente diligente no consigue evitar por completo la causación de los daños, ¿no sería descabellado promover o fomentar esas actividades a través de la limitación de la eventual responsabilidad?¹³⁷

— con los otros argumentos, resulta aún más claro que ninguno por sí solo podría fundamentar una responsabilidad objetiva.

Pero si uno solo de los argumentos no es suficiente, ¿basta con que se combinen dos cualesquiera de ellos; o hay alguno que debe apreciarse *siempre*? En definitiva: ¿cómo se combinan los argumentos? Y en su caso, ¿pueden los mismos argumentos cambiar el sentido de la respuesta cuando cambien las circunstancias?

Para H. Koziol, la especial peligrosidad puede por sí misma ser suficiente para fundamentar la responsabilidad; otros factores, como la capacidad económica (*deep pocket argument*), la obtención de un beneficio o la «asegurabilidad» sólo pueden justificarla en combinación con otros; a más factores y mayor intensidad de cada factor más justificada resultará una responsabilidad objetiva con consecuencias más severas en cuanto al alcance de los daños resarcibles: decidiendo, por ejemplo, si quedan cubiertos los daños meramente patrimoniales o los daños remotos y, desde estas perspectiva, jugando el papel que en la responsabilidad por culpa cumplen los criterios del fin de protección de la norma o de adecuación para la determinación del *quantum respondetur*¹³⁸.

B A. Koch y H. Koziol concluyen que lo propio de la justificación de la responsabilidad objetiva es que sus «criterios» o «argumentos» deben conside-

¹³⁷ WIDMER, P., «Reform...», cit., pág. 174: «la circunstancia de que el riesgo no es del todo evitable ni poniendo toda la diligencia exigible para evitarlo y, por tanto, sin poder reprochar nada al responsable, no es suficiente para introducir una responsabilidad estricta, y menos que, por analogía, otros riesgos comparables puedan merecer el mismo tratamiento».

¹³⁸ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 247.

rarse *de modo flexible*. Así, en algunos casos la existencia de un elemento de gran peso puede ser suficiente para justificar por sí este modelo de responsabilidad (el caso de una explotación de energía nuclear), pero en otros habrá que acudir a una combinación de ellos, como se vio para la responsabilidad por productos defectuosos¹³⁹.

En una línea cercana, aunque introduciendo matices, Canaris/Larenz señalan que si se analizan los principales supuestos legales de responsabilidad objetiva es difícil encontrar dos en los que concurren los mismos argumentos o elementos, y prácticamente imposible que los que concurren lo hagan con la misma intensidad. Sin embargo, esta fragmentación no impide que haya unos principios que dan unidad y fundamenten la justicia de la responsabilidad objetiva por riesgo extraordinario: *la iniciativa y el control de un riesgo especialmente elevado y el hecho de que la actividad que genera el riesgo proporcione una ganancia a quien la explota* —en un contexto en el que la diligencia no es suficiente para evitar el daño— son argumentos que convencen con especial fuerza cuando el titular de la fuente de riesgo es un profesional y la ventaja es de naturaleza particular. En cualquier caso, los criterios actúan en un sistema combinatorio o abierto¹⁴⁰.

Si se dan todos los elementos, parece que el legislador debería plantearse la oportunidad de establecer una responsabilidad objetiva en ese ámbito; si falta alguno, la cuestión es menos clara: no cabría excluir sin más la procedencia de la responsabilidad objetiva, aunque quizá los elementos que concurren deberían hacerlo con especial fuerza. Desde esta perspectiva, se entiende fácilmente que la responsabilidad por producto defectuoso se encuentre de hecho muy cercana a la responsabilidad por culpa, o se considere como un supuesto de ésta. Y ante la necesidad de valorar prudentemente ese número suficiente de factores para decidir si se ha de responder de manera agravada o dejar el supuesto en la responsabilidad por culpa, *parece claro que debería tratarse de una competencia del legislador*; no hace falta insistir en que, *lege lata*, lo es.

Otros autores se mueven en torno a parámetros semejantes y realizan sus propias síntesis en las que combinan, como variaciones sobre un tema, los principales argumentos comentados. Fleming lo plantea de la siguiente manera: la sociedad puede adoptar tres posibles posturas ante las actividades de riesgo en las que está interesada, a pesar de que traigan consigo un cierto «peaje» en daños a la vida, la salud o la propiedad: prohibirlas; permitir las en determinadas condiciones; o permitir las sin más condiciones, pero haciendo res-

¹³⁹ KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 413.

¹⁴⁰ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 606 y 607.

ponder de los daños que se causen sin tener en cuenta el test de negligencia. Cuando algunas actividades razonablemente beneficiosas para quienes las llevan a cabo no pueden evitar provocar algunos daños, aunque se lleven a cabo con un comportamiento diligente, no parece que éstos deban responder por negligencia, pues resulta muy forzado defender que existe negligencia en quien pone en marcha una actividad sabiendo que causará algunos daños aunque se comporte de modo diligente. Aquí ha de buscarse otro principio para hacer responder: el sello de la responsabilidad objetiva es que se impone a actividades que no tienen por qué haber sido culposas para resultar responsables (de modo que no hace falta deformar el contenido de los deberes de cuidado para conseguir que se responda), lo decisivo es que supongan un riesgo extraordinario para otros, por la gravedad o frecuencia de los daños que podrían causar, y que éstas no se puedan evitar con una conducta normalmente diligente ¹⁴¹.

P. Widmer propone algo similar: la razón de la responsabilidad objetiva sería que ciertas actividades, aunque peligrosas, son convenientes y no pueden ser absolutamente controladas mediante un comportamiento diligente; el peligro no depende (solo) del comportamiento negligente de la persona que lo domina ¹⁴². H. Kötz agrega el beneficio personal: aquél que para obtener un fin particular lleva a cabo una actividad a la que está ligada un peligro especial, debe responder del daño que cause este riesgo específico, con independencia de que se haya debido o no a su culpa ¹⁴³. No es muy distinto, aunque menos matizado, lo que expresa N. Álvarez Lata: es perfectamente justificable que a quien desempeña actividades especialmente peligrosas con ánimo de lucro se le imputen los daños originados por los riesgos típicos de tales actividades ¹⁴⁴.

Como hemos visto, para G. Wagner la misión de la responsabilidad objetiva consiste en distribuir el daño propio de fuentes de riesgo que están desigualmente repartidas en la sociedad; y desde esta perspectiva, el fundamento

¹⁴¹ FLEMING, J. G., *The Law of Torts...*, cit., págs. 303 y 304.

¹⁴² WIDMER, P., «Switzerland», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 332 y ss.

¹⁴³ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Köln: Bundesanzeiger Verlag, 1981, pág. 1792.

¹⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, II, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 1326 y 1327. PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 450. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., págs. 107 y 108: «La llamada doctrina del riesgo se formuló 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 que buscar si ha existido o no culpa por 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».

se convierte también en la clave o *ratio* para delimitar su ámbito de aplicación: la responsabilidad independiente de culpa es recomendable para fuentes de especial peligro, en el sentido de que el riesgo sea grave (supere la medida en que todo ciudadano supone un cierto riesgo para los demás con su existencia), la fuente de riesgo esté desigualmente distribuida entre los ciudadanos (ideas de justicia distributiva y beneficio), y la causación de los daños no pueda evitarse completamente a pesar de que adoptarse las medidas de cuidado exigibles (idea de inoperancia de la culpa).

La explicación de G. Brügge-meier está pensada para actividades industriales llevadas a cabo por empresas: la sociedad permite algunos riesgos sólo si el que se sirve de ellos «responde en garantía» por los daños que cause, con independencia de que su comportamiento pueda considerarse culposo; es la manera de responder cuando el potencial causante de los daños puede gestionarlos decidiendo su estrategia y haciendo uso de algunas herramientas que tiene típicamente a su disposición: un seguro de responsabilidad civil (que el legislador imponer en determinados casos), la inversión en medidas de prevención del daño, la repercusión de los costes de las primas del seguro y del resto de medidas en el precio de los productos, etc.¹⁴⁵.

8. VERIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Veamos ahora un supuesto que sirva para comprobar hasta qué punto estas fórmulas o propuestas son útiles en la práctica para justificar la responsabilidad objetiva: Pongamos que se trata de derribar un edificio con explosivos.

Se ha dicho¹⁴⁶, con razón, que si una demolición con explosivos se lleva a cabo en despoblado, el que la lleve a cabo debería responder por culpa, pero que, de hacerse dentro de un núcleo urbano poblado, sería preferible que respondiese objetivamente. Hay que reconocer que la actividad implica un riesgo que puede considerarse extraordinario por su potencial dañoso para bienes jurídicos especialmente protegibles (vida, integridad, propiedad); sin embargo, ¿deberían juzgarse ambos casos de modo distinto? ¿Qué justifica la diferencia? Parece decisivo el hecho de que, en despoblado, el daño no querido (eventual, residual) resulta evitable cuando se adoptan las medidas de diligencia razonables; por el contrario, en la ciudad no es posible evitar totalmente el daño accidental, a pesar de todas las medidas de precaución que se quieran –

¹⁴⁵ BRÜGGEMEIER, G., *Haftungsrecht*, cit., págs. 138 y 139.

¹⁴⁶ PROSSER, W. L./KEETON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., pág. 554.

razonablemente— adoptar. Puede agregarse que es preferible que sea el encargado de derrumbar el edificio quien asegure los posibles daños de la operación, y no las víctimas, pero no parece un argumento decisivo para hacer responder de otro modo, y menos para hacer diferencias, pues se podría apreciar en ambos casos. Ocurre, por otro lado, que la empresa que controla la fuente de peligro obtiene con ello un beneficio, pero esta es también una nota común que tampoco justificaría la diferencia. Es más difícil responder si podría tener alguna consecuencia en la solución del caso el hecho de que el edificio estuviese abandonado y amenazando ruina, y sea el Ayuntamiento del municipio el que se encargue de derribarlo utilizando un servicio público.

Por otra parte, si el hecho de responder objetivamente trajera consigo otras consecuencias, como la limitación de los bienes jurídicos protegidos o las cuantías indemnizables, se estarían introduciendo diferencias muy significativas. Lógicamente, cuando no haya leyes que lo digan expresamente, dependerá del modo de actuar de la jurisprudencia. Si ésta invierte la carga de la prueba de la culpa y dificulta al demandado la prueba de la diligencia, ¿qué aportaría a la víctima una responsabilidad objetiva, con su secuela de limitaciones típicas?; por el contrario, si se aplica (de modo orientativo, pero *efectivo*) el Baremo del Anexo a la LRCSCVM tanto dentro como fuera del sistema de responsabilidad objetiva, ¿qué aporta el sistema de culpa, salvo dar al demandado la posibilidad de exculparse?

Entre las opiniones expuestas, solo algún autor admitiría (*prima facie*) que ambos supuestos deberían quedar sujetos a la responsabilidad objetiva, por la peligrosidad anormal de la actividad. Pero la mayoría de propuestas conseguirían distinguirlos, precisamente con el criterio de «inoperancia del juicio de negligencia»: cuando la diligencia es suficiente para evitar los daños que se trata de resarcir, la responsabilidad debe regirse por el juicio de negligencia.

No está claro cómo podría influir en la solución la cuestión del beneficio, esto es, si podría «desactivar» la conveniencia de acudir a una responsabilidad objetiva el hecho de que la actividad peligrosa se desarrolle sin ánimo de lucro por un ente público y en interés común. En el contexto español, en el que las Administraciones públicas responden objetivamente por su funcionamiento normal, sea o no peligroso, el mero planteamiento de la cuestión causa sonrojo. Pero lo cierto es que tampoco en el panorama de las normas que regulan supuestos de responsabilidad objetiva suele introducirse una variable para la hipótesis de que la actividad se realice en beneficio público. Con todo, la STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552), sobre una infección nosocomial adquirida por el paciente en el quirófano de un hospital público, se atreve a afirmar

(en el contexto de la necesidad de limitar en lo posible la responsabilidad objetiva por el funcionamiento normal de los servicios públicos) que la obtención de beneficio no es un criterio aplicable a la sanidad pública:

«aun relativizada la culpa o negligencia del agente en la jurisprudencia, el elemento culpabilístico permanece como esencial y los sistemas de responsabilidad objetiva establecidos en la LCU obedecen a principios diferentes fundados en principios de equidad que tienen en cuenta la producción de riesgos y la obtención de beneficios, pero estos principios no pueden ser aplicados a *la sanidad pública que ni genera riesgos ni obtiene beneficios dado su carácter universal gratuito.*»

En cualquier caso, todo parece indicar que si el ordenamiento jurídico carece de una regla expresa que dé un trato distinto a ambos casos, no es fácil que los tribunales vayan a juzgarlos con dos barajas distintas: culpa y responsabilidad objetiva. Si el supuesto no está previsto por una ley de responsabilidad objetiva, se aplicará la regla general de responsabilidad por culpa, facilitando en su caso la prueba de ésta; en un caso de riesgo extraordinario como el del ejemplo, no habría dificultad para entender justificada la inversión de la carga de la prueba.

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1. PLANTEAMIENTO

Los requisitos o elementos que se necesitan para que prospere la pretensión indemnizatoria del artículo 1902 CC son el acto (acción u omisión) llevado a cabo por el demandado, el daño sufrido por el demandante, la relación de causalidad existente entre aquél y éste, la eventual concurrencia de criterios de imputación objetiva (causalidad jurídica: tópicos de razonamiento jurídico) sobre la conveniencia de poner el daño a cargo del demandado, el título de imputación subjetiva (culpa) y la ausencia de posibles causas de exoneración; para completar el estudio de la responsabilidad civil, a estos requisitos habría que sumar el análisis de la pretensión restitutoria: naturaleza, alcance y prescripción¹⁴⁷.

Aunque el sistema pivote sobre el concepto de culpa, el Código no se ocupa de ésta en sede extracontractual –doctrina y jurisprudencia entienden unánimemente que se le ha de aplicar el artículo 1104 CC¹⁴⁸–, y es al juez a quien corresponde apreciar si concurre o no mediante el juicio de negligencia¹⁴⁹; en ocasiones es la propia ley la que anticipa o tasa ese juicio. Como

¹⁴⁷ PANTALEÓN, F., «Comentario al artículo 1902», cit., págs. 1971 y ss.

¹⁴⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., págs. 274 y 275.

¹⁴⁹ REGLERO CAMPOS, L. F., en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, Cizur Menor: Civitas Thomson, 2008, 4.ª ed., pág. 283: «nunca ha existido una construcción jurisprudencial mínimamente elaborada sobre este concepto»; como dice la STS de 20 de diciembre de 1930

acaba de ponerse de relieve, la cuestión sobre el fundamento de la responsabilidad objetiva es más compleja pues, lejos de recurrir a un concepto único y flexible, convoca diversos criterios combinables, lo que hace más difícil y menos razonable que sea el juez quien determine *a posteriori* –ante un supuesto dado– si concurren suficientes elementos como para justificar ese otro modo de responder, teniendo también en cuenta que conviene que el responsable de la actividad conozca *a priori* a lo que se arriesga; además, se trata de ámbitos en los hay que reconocer un amplio margen de opinión u oportunidad, más propio de la política legislativa que de la aplicación e interpretación de las normas, por lo que parece más prudente partir de que sea el legislador quien decida en qué casos se responderá de modo objetivo. Como afirman Canaris/Larenz, fuera de la responsabilidad por culpa existe una fuerte necesidad de seguridad jurídica (es preferible que el demandado conozca *a priori* –antes de que se produzca el daño– el título por el que responde), por lo que hay buenas razones para preferir el principio de enumeración¹⁵⁰. El diagnóstico de J. Puig-Brutau parece ahora aún más acertado: el juicio de negligencia debe quedar sustituido por uno de tipicidad. Ahora bien, ¿es esa toda la diferencia: se trata simplemente de sustituir la «culpa» por un precepto que diga que ésta no es necesaria, quedando igual el resto de requisitos; o tiene la responsabilidad objetiva su propio elenco de presupuestos? Por otra parte, dada la variedad de normas de responsabilidad objetiva que encontramos en el ordenamiento jurídico, ¿comparten una estructura común o establece cada una sus propias reglas? ¿convendría fijar doctrinalmente los elementos típicos comunes –si los hay– de la responsabilidad objetiva?

Si echamos un vistazo a los ejemplos legislados de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento, se detectan a simple vista algunos rasgos peculiares. Las normas citadas en el Capítulo primero pueden servirnos una vez más de hilo conductor:

El TRLGSS consagra un auténtico sistema de cobertura social de daños. Para recibir una *prestación* social (es significativo que la ley no hable de indemnización), deben darse una serie de requisitos: encontrarse la víctima del daño acogida al régimen de la Seguridad Social en alguna de sus variantes (general o especiales) y hallarse la contingencia –el accidente– prevista por la acción protectora del sistema; además, según la lesión se considere proveniente de acciden-

(RJ 1930-31, 1365), «no es posible deducirla (la culpa) o sintetizarla en reglas precisas para su aplicación», y de este modo, se convierte en una cuestión «de hecho», que se aprecia o no se aprecia, pero sin relación a un patrón o referencia normativo que sirva para saber qué es lo que deba o no deba darse.

¹⁵⁰ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 601. Excepcionalmente, sólo en Austria la doctrina se muestra partidaria de que la jurisprudencia haga uso de la analogía respecto de las normas vigentes.

te laboral o no (para saber si una lesión ha tenido lugar en virtud de un «accidente de trabajo», habrá que estar al concepto de éste que ofrece el artículo 115), se asignan diferentes cuantías a la correspondiente prestación, que podrán incrementarse con un recargo (art. 123)¹⁵¹. En síntesis: tanto el sujeto lesionado como el daño a indemnizar han de estar bajo la acción protectora de un sistema que, además, tasa *a priori* las cuantías de la indemnización. En el contexto de las prestaciones sociales, propio de la justicia distributiva, resulta sencillo justificar esta limitación, pues la viabilidad financiera del sistema no permite cubrir todos los daños, sino los «sostenibles» o compatibles con las posibilidades financieras del Estado que presta ese servicio.

Por el contrario, la LRJAP-PAC prevé que la Administración responda –tanto si actúa en relaciones propias de derecho público como de privado (art. 144)– «de toda lesión que sufran (los particulares) en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (art. 139), o de los daños que el particular «tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley», como sería el caso de los «daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción e aquéllos» (art. 141.1)¹⁵². Aquí no se limitan ni los bienes jurídicos protegidos ni las cuantías indemnizatorias, pero sorprende que sea el perjudicado quien deba «soportar el daño derivado de un hecho imprevisible o inevitable según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción», pues no se trata de fuerza mayor –el evento no es externo ni irresistible–, ni el daño deja de ser «antijurídico» porque la víctima tenga el deber de soportarlo; por eso se acepta que en realidad se ha introducido un factor que pertenece al terreno de la culpabilidad¹⁵³.

¹⁵¹ Recargo del 30 al 50%, cuando la lesión se produzca en centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, etc.

¹⁵² Crítica duramente la expresión del precepto DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., V, págs. 55 y 56. PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., pág. 458.

¹⁵³ PANTALEÓN, F., «Cómo repensar...», cit., págs. 458 y ss. La idea de que el particular tiene el deber jurídico de soportar algunos daños que la Administración cause en interés público tiene pleno sentido para los daños expropiatorios, pero resulta forzado para explicar los daños que sufre un paciente del Servicio Público de Salud en el contexto de una operación en la que el personal sanitario no ha incurrido en ninguna negligencia. Si resulta plenamente razonable que el Servicio Público de Salud no tenga que indemnizar, no es porque el perjudicado tenga obligación de soportar esos daños, sino porque el servicio público ha sido irreprochable. Tampoco tendría sentido decir que en este caso no se responde porque el daño no es antijurídico (el servicio se ha prestado sin culpa) y que este mismo razonamiento no sirva en el resto de servicios públicos cuyo funcionamiento normal sea irreprochable. Aunque quienes no somos partidarios de hacer de la antijuridicidad un requisito de la responsabilidad civil extracontractual no acudiríamos a él porque en realidad aporta poco, en este contexto podría decirse que, si el daño no es antijurídico, no es porque el administrado tenga el deber de soportarlo, sino porque el agente causante del daño (público en este caso) no ha incumplido ningún deber de cuidado, esto es, no ha incurrido en culpa. Este es el motivo por el que la antijuridicidad debería reconducirse a un adecuado tratamiento de la culpa (aunque algún otro extremo podría resolverse desde un uso adecuado de los criterios de imputación objetiva). Y la misma explicación puede darse para que la Administración no corra con los daños causados por los

El contraste entre el TRLGSS y la LRJAP-PAC pone de relieve hasta qué punto resulta necesario aceptar que la responsabilidad *objetiva* de la Administración es una herramienta que genera auténticas prestaciones sociales sin límite cuantitativo a favor de los lesionados por el normal funcionamiento de la misma, sean o no los más necesitados o desfavorecidos.

La LNAE consagra una responsabilidad que es objetiva para los daños sufridos por los pasajeros «a bordo de la aeronave y por acción de la misma, o como consecuencia de las operaciones de embarque y desembarque» (art. 115.1), los daños que experimenten las mercancías y equipajes «desde su entrega a la empresa hasta que por ésta sean puestos a disposición el destinatario, excepto el tiempo durante el cual permanezcan en poder de servicios aduaneros» (art. 115.3), y los daños que se causen «a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje» (art. 119); y limita tanto los bienes jurídicos protegidos («muerte, lesiones o cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero» de una parte, y «destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes, facturados o de mano» –artículo 116–, de otra) como las cuantías indemnizatorias (artículos 117, 118 y 119). Estos límites desaparecen si se prueba que el accidente fue debido a dolo o culpa grave, del transportista o de sus dependientes en el ejercicio de sus funciones (art. 121).

En la legislación sobre circulación de vehículos a motor, se responde objetivamente de los «daños a las personas» que tengan lugar «con motivo de la circulación», excepto si se prueba «que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos» (art. 1.1). Todo eventual responsable está obligado a contratar un seguro que cubra los daños que cause, dentro de los límites establecidos en el Baremo incorporado a la Ley, único en el panorama de Derecho comparado por su carácter obligatorio y por afectar no solo al daño físico (biológico) y moral, sino también al lucro cesante (art. 1.2)¹⁵⁴. Del Baremo baste apuntar ahora, por enlazar con lo señalado para el TRLGSS, que es perfectamente explicable en el contexto de un sistema de seguridad social «disperso», como es el del seguro obligatorio de vehículos a motor, también desde la conveniencia de dar homogeneidad y coherencia a la indemnización de daños no patrimoniales (daño moral en sentido amplio¹⁵⁵), pero que resulta mucho más discutible para la responsabilidad civil extracontractual entre particulares pues, aunque logre homogeneizar las cuantías

riesgos de desarrollo (art. 141.1), en los que la idea de acudir al deber de soportarlos resulta un esperpento. El deber de soportar solo se entiende en el contexto del daño expropiatorio por motivos de utilidad pública.

¹⁵⁴ Artículo 1.2 LRCSVM: «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley».

¹⁵⁵ MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., págs. 108 y ss.

(y esto es deseable), puede suponer un instrumento para privilegiar a los causantes de los daños y a sus aseguradoras «voluntarias» a costa de las víctimas¹⁵⁶.

La Ley 12/2011 sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos establece una responsabilidad «independiente de dolo o culpa» y «limitada en su cuantía hasta el límite que se señala» (art. 4). Delimita su ámbito de aplicación en torno al concepto de «daños nucleares» y «daños causados por accidentes que provoquen la emisión de radiaciones ionizantes que pudieran producirse en el manejo, almacenamiento y transporte de materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares» y, además de las cuantías indemnizatorias, tasa las causas de exoneración, que aparecen ahora como «daños no resarcibles» en el artículo 6, apartados 2¹⁵⁷ y 3¹⁵⁸, y excluye algunos bienes de la protección: artículo 6.1¹⁵⁹.

La Ley de caza (1/1970) limita la responsabilidad objetiva de los cazadores a los daños que causen «con motivo del ejercicio de la caza» y admite como únicas causas de exoneración «que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor» (art. 33.5).

En el TR LGDCU encontramos que el ámbito de protección de la responsabilidad por productos defectuosos limita los bienes jurídicos protegidos: «El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado» (art. 129.1).

¹⁵⁶ PANTALEÓN, F., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor», *La Ley*, n.º 4241, de 4 de marzo de 1997, págs. 2081 y 2082: «Pero, cuando se abandona el terreno de la solidaridad social, para pasar al ámbito de la responsabilidad civil en sentido propio, que contempla la causación del daño como un problema interindividual, de Derecho privado, entre dañante y dañado, la intromisión de la lógica jurídico-pública de la redistribución de la renta produce necesariamente efectos entre peregrinos y derechamente hilarantes. (...) ¿Pero qué es eso de forzar la intervención del legislador a fin de escapar a los efectos de la competencia: a fin de que las aseguradoras de responsabilidad civil por accidentes de circulación que carecen de cuotas de mercado suficientes para sobrevivir puedan hacerlo por algún tiempo a costa de las víctimas?».

¹⁵⁷ Artículo 6.2 LRCDN: «Si el explotador prueba que los daños nucleares se debieron total o parcialmente a la acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió, el órgano jurisdiccional competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su responsabilidad frente a esa persona».

¹⁵⁸ Artículo 6.3 LRCDN: «El explotador no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si este accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección».

¹⁵⁹ Artículo 6.1 LRCDN: «Sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al explotador de una instalación nuclear con arreglo a otras normas, no serán objeto de indemnización con cargo a las garantías financieras establecidas de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley los siguientes daños nucleares: a) Los daños causados a la propia instalación nuclear y a cualquier otra instalación nuclear, aun cuando esté en construcción, que estén situadas en el mismo emplazamiento de tal instalación. b) Los daños a los bienes que se encuentren en el mismo emplazamiento y que sean o deban ser utilizados en relación con una u otra de dichas instalaciones. c) Los daños que padecieren en sus personas los trabajadores de las instalaciones nucleares o de las empresas de transporte de sustancias nucleares, siempre que sean calificados de accidente de trabajo o enfermedad profesional con arreglo a lo establecido en la normativa del sistema de la Seguridad Social».

Ha quedado excluido el daño puramente patrimonial. En cuanto al daño moral, su resarcimiento dependerá de la posibilidad de obtenerlo conforme a las reglas generales de la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 128.2). Para delimitar el fin de protección de la norma hay que atender tanto al concepto de «producto defectuoso» (art. 137) como a la detallada regulación de las causas de exoneración¹⁶⁰ (arts. 140, 145 y 133); finalmente, se establece también un límite cuantitativo a la indemnización, distinto para daños materiales y personales (art. 141)¹⁶¹.

En cuanto a la responsabilidad por servicios defectuosos, con su doble régimen (artículos 147 –por culpa presumida– y 148 TR LGDCU –objetiva–), la doctrina entiende que a esta responsabilidad no le afecta la limitación de los bienes protegidos del artículo 129 pero que, por el contrario, sólo es aplicable cuando el perjudicado tenga la consideración legal de consumidor.

Veamos ahora qué ocurre con el Código civil. Si observamos el artículo 1905 CC, no parece –al menos a primera vista– que introduzca novedades respecto del artículo 1902, salvo que no exige el actuar culpable del responsable. Si los daños los causa un animal, responderá el poseedor –o quien se sirve de él– con independencia de que su conducta se considere diligente o negligente. No se limitan los bienes jurídicos protegidos, ni las cuantías indemnizatorias, ni las causas de exoneración. Ahora bien, si esto es realmente así, ¿hay en este caso algo «propio» de la responsabilidad objetiva, además de la ausencia de culpa?

Pongamos que un perro muerde a un niño que desoye la recomendación del dueño de no acercarse; o que mata a un gato callejero, causando un severo

¹⁶⁰ Artículo 140. *Causas de exoneración de la responsabilidad*. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. 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. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).

Artículo 145. *Culpa del perjudicado*. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente.

Artículo 133. *Intervención de un tercero*. La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.

¹⁶¹ SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales...», cit., pág. 90.

disgusto (con resultado depresivo) al anciano que gustaba de su compañía; o que por hallarse tumbado en un parque, junto a su dueño, provoca que un joven en bicicleta, al sortearlo, se asuste con su ladrido, se caiga y se fracture un hueso; o que la excursionista que pasea en bicicleta junto a la verja de cierta finca se asuste por lo repentino y violento de los ladridos del perro que la custodia y se caiga con consecuencias fatales para su cadera.

La responsabilidad objetiva suele ligarse a una cosa o actividad que implica *un riesgo potencial que*, llegado el caso, *se actualiza en el daño cuya indemnización se pretende*. La primera cuestión relevante es, por tanto, la relación entre ese *daño actual* y el *riesgo potencial* al que el legislador ha querido dar ese trato. Esta consideración obliga a plantear si se responde objetivamente de todos los daños causalmente ligados a ese «riesgo» (en este caso, al animal), cualquiera que sea el modo en que estén relacionados con él, o si se responde solo de aquellos daños que cause la especial amenaza o peligrosidad que justifica ese otro modo de responder: su fiereza, irracionalidad, instinto animal, o como se quiera. Además habrá que tener en cuenta el contexto en el que se produce ese riesgo, como dato fundamental para poder saber si la víctima debió contar con el peligro o si resultó injustamente sorprendida por él: el ladrón no puede quejarse de que haya un perro dispuesto a atacarle para evitar que robe. Pues bien, parece plenamente justificable partir de que, para que un daño sea objetivamente resarcible, no basta con que esté de alguna manera relacionado con la fuente de peligro, sino que ha de ser manifestación o realización típica del riesgo específico o amenaza de daño al que el legislador ha querido ligar ese modo de responder.

Desde esta perspectiva, toda norma de responsabilidad objetiva, también el artículo 1905, exige una correcta delimitación del ámbito de riesgo cubierto: qué bienes se protegen frente a qué amenazas, o si se prefiere, qué daños y por qué comportamientos del animal quedan cubiertos por la norma de responsabilidad. Con esta guía, el poseedor del animal debería responder del daño causado al niño, pero no de los daños causados por la muerte del gato, ni de los daños físicos provocados al joven o a la excursionista que iban en bicicleta, pues se trataría de daños que quedan fuera del ámbito de protección de la norma.

Retomando ahora la pregunta planteada —¿qué es lo propio de la responsabilidad objetiva?—, y aunque no parezca sencillo encontrar en el panorama descrito unas notas comunes, M. Martín-Casals y J. Ribot ponen de relieve que «un no pequeño avance de la doctrina que ha trabajado sobre la materia consiste precisamente en establecer una serie de elementos comunes a todos los supuestos. (...) Esta iniciativa, muy antigua ya sobre todo en los países que

llevan mucho tiempo conviviendo con una gran proliferación de leyes especiales, tiene la ventaja de facilitar la comparación de los diversos regímenes particulares»¹⁶². Así, a pesar de la proliferación de leyes especiales, se reconoce una estructura común de la responsabilidad objetiva, aunque no siempre todas las normas cumplan o contemplan todos los parámetros que suelen destacarse en ese esquema¹⁶³.

Canaris/Larenz señalan que lo más relevante en la regulación de la responsabilidad objetiva son *los límites de la protección*:

— límites en el círculo de bienes protegidos (vida, integridad corporal, propiedad; hoy se incluye también el daño moral); esto es algo que en Alemania forma parte de las reglas generales del sistema de responsabilidad extracontractual (de hecho, los autores mencionados proponen que el ámbito de protección de estas leyes se interprete conforme al § 823 I BGB), pero que en los ordenamientos jurídicos de tradición francesa –como el nuestro– supone una novedad significativa¹⁶⁴. La limitación puede referirse al tipo de daño, pero también al círculo de personas o bienes protegidos (como ocurre con el artículo 6.1 de la Ley 12/2011, o el artículo 129 TR LGDCU).

— límites en las cuantías indemnizables (*caps*), sin que pueda hallarse una lógica común a las diversas regulaciones, más allá del choque de fuerzas que tuvo lugar en el proceso legislativo de cada una de ellas: subvencionar o proteger determinada industria (más o menos incipiente), asegurar la obtención de fuentes de energía, procurar un sistema descentralizado de Seguridad Social para daños causados por accidentes frecuentes, etc. Lógicamente, la limitación de las indemnizaciones facilita la «asegurabilidad», pero en absoluto puede considerarse como una condición de ésta;

— límites en las causas de exoneración oponibles por el demandando, con tendencia a reducirlas a dos: fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado (o colaboración de la víctima en la generación del riesgo o en la relación causal);

— finalmente, y como límite no escrito o al menos no expresamente exigido en el texto de la ley pero central para entender adecuadamente la responsabilidad objetiva, la comprobación de que *en el daño debe haberse reali-*

¹⁶² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 831 y ss. Los autores observan que «la variedad y heterogeneidad del tratamiento de la responsabilidad objetiva en todas estas realidades jurídicas, sean legislativas o judiciales, podría dar la impresión de que en esta materia habrá que estar en cada caso a lo que cada norma o construcción jurisprudencial diga», y que no se podrá generalizar ninguna conclusión.

¹⁶³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 602.

¹⁶⁴ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 271.

zado el riesgo específico al que se liga la responsabilidad objetiva; con otras palabras, el riesgo que causa el daño debe hallarse dentro del fin de protección de la norma que hace responder sin culpa.

Hoy se acepta que los elementos que caracterizan la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas son:

a) la *limitación* del riesgo específico cubierto: el riesgo previsto en la norma se ha manifestado en el daño que se trata de resarcir;

b) la *limitación* de los bienes jurídicos protegidos: por el tipo de daño indemnizable (daño personal o material, moral o puramente económico), por el grupo de personas o bienes que resultan protegidos o excluidos de la protección, o por la cuantía máxima de las indemnizaciones;

c) la *limitación* de las causas de exoneración de la responsabilidad, con tendencia a limitarse a dos: fuerza mayor y culpa de la víctima;

d) finalmente, la determinación del sujeto responsable atendiendo a su relación con el peligro que desencadena el daño, esto es, al control o empleo en interés propio de la cosa o actividad que genera el riesgo específico que se materializa en el daño.

Como factores que han sido inducidos de la realidad normativa, permiten una adecuada comparación entre las regulaciones existentes. Pero también parece claro –y esto no suele ponerse de relieve– que no se trata de «elementos» o «requisitos» de la responsabilidad como lo son «el daño» o «la causalidad». Cada uno de esos aspectos –riesgo cubierto, bienes jurídicos protegidos, límite en la cuantía de las indemnizaciones– ayuda a delimitar el «ámbito de protección» de la norma, pero podrían no concurrir sin que la responsabilidad dejara por ello de considerarse objetiva. Más que requisitos, podría hablarse de *elementos naturales* cuya concurrencia ayuda a percibir el «aire de familia» de la responsabilidad objetiva, sin que constituyan presupuestos de la pretensión como lo son el daño o la relación de causalidad. Pero entonces, ¿es la ausencia de culpa la única característica esencial, o hay algún otro componente ineludible? Aunque no siempre concurren todas las notas que suelen caracterizar los supuestos de responsabilidad objetiva, sí puede decirse que todas ellas contribuyen a una finalidad común: la de delimitar el ámbito o alcance de la protección de la norma de responsabilidad; y esto sí es algo constitutivo o esencial de la responsabilidad objetiva, también porque resulta necesario para trazar la frontera respecto de la responsabilidad por culpa.

La tarea de delimitar el ámbito protegido permite una doble aproximación: positiva (el daño ha de ser realización del riesgo al que se ha ligado la responsabilidad objetiva) y negativa (ausencia de causas de exoneración). La determinación positiva se identifica con el «*fin de protección*» de la norma como criterio de imputación objetiva que pone el daño a cargo del responsable de la actividad que lo ha causado; como habrá oportunidad de comprobar, otros criterios de imputación objetiva (riesgo asumido por la víctima, riesgo atribuible al actuar doloso o culposo de un tercero, riesgo general de la vida, etc.) ayudan en la tarea de determinar ese fin.

Puede decirse, por tanto, que en *el núcleo* de la imputación de la responsabilidad objetiva se encuentra el fin de protección de la norma como criterio necesario para delimitar el alcance protector de norma. Esta reflexión es importante para que tanto el legislador como el juez terminen por familiarizarse con la *lógica propia de la responsabilidad objetiva*. Delimitar el fin de protección de la norma es una operación que puede resultar compleja; es muy probable que haya que acudir a otros criterios de imputación objetiva (asunción de riesgo por la víctima, prohibición de regreso por la acción de un tercero, riesgo general de la vida...) y excluir posibles causas de exoneración. A modo de esquema, el legislador o el juez deberán plantearse estas tres preguntas clave: 1) si el daño es realización del riesgo especial contemplado en la norma y, en su caso, si concurren causas de exoneración; 2) si la protección ofrecida se encuentra limitada en alguna de sus manifestaciones: bienes jurídicos protegidos, personas protegidas, cuantías limitadas; y 3) quién tiene a su cargo (control-beneficio) la cosa o actividad peligrosa que ha causado el daño.

2. EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

G. Brügge meier sintetiza con acierto: el concepto central de la responsabilidad objetiva es el de «ámbito de riesgo cubierto»; se trata de valorar si es justo y razonable que un daño concreto, en las circunstancias dadas, quede amparado por la protección de la norma de responsabilidad¹⁶⁵. No es muy distinta la perspectiva que adoptan Prosser/Keaton, para quienes «en general,

¹⁶⁵ BRÜGGEMEIER, G., *Haftungsrecht...*, cit., pág. 114. El autor pone el acento en este último aspecto: el elemento central de la responsabilidad objetiva es la delimitación del riesgo específico al que se liga ese modo de responder. El daño ha de ser realización o actualización de ese riesgo que es a la vez «justificación» y «límite» de la responsabilidad; de este modo, la norma que obliga a responder objetivamente a una empresa ferroviaria no es aplicable a cualquier daño ocurrido en el contexto de un viaje en tren (un asesinato, un ataque al corazón, etc.); se responde objetivamente de los daños causados por el riesgo específico ligado a ese medio de locomoción, que incorpora un potencial elevado de causar daños catastróficos (pág. 139).

la responsabilidad objetiva se confina a consecuencias que caen dentro del riesgo extraordinario cuya existencia justifica esa responsabilidad especial»; una vez localizado ese riesgo, las preguntas adecuadas son: ¿quiénes están protegidos? y ¿frente a qué daños? Fuera de esta «esfera de protección», lo demás debería ser cuestión de culpa¹⁶⁶. El punto de partida, por tanto, es que el daño actualiza el riesgo potencial al que la norma liga la responsabilidad objetiva. Se trata de hacer girar la imputación en torno al criterio del fin de protección de la norma¹⁶⁷; Larenz lo explica así: cuando se trata de atribuir un daño a la actividad que genera el peligro de causarlo, y no a quien lo causa culpablemente, lo relevante es preguntarse si el daño es realización del riesgo específico al que se ha ligado la responsabilidad objetiva, esto es, utilizar el criterio del fin de protección de la norma¹⁶⁸.

En la STS de 9 de octubre de 1999 (RJ 1999/7245), una pasajera de barco había sufrido un paro cardíaco pocas horas antes de llegar a puerto en el trayecto Palma de Mallorca-Barcelona; el viudo recurrente en casación alegaba –entre otras cosas– la aplicación de la normativa sobre protección de los consumidores, en relación con el servicio de transporte marítimo, para recibir una indemnización por la muerte de su esposa. El razonamiento del TS tiene interés para la delimitación del fin de protección de la norma aunque, por tratarse del daño sufrido por un viajero, su reflexión se sitúa en el ámbito de la responsabilidad contractual:

«[A]tendida la naturaleza del servicio prestado en este caso, el transporte marítimo de personas, la obligación de la porteadora se resuelve en la de conducir incólume al pasajero hasta su lugar de destino adoptando las medidas de protección necesarias contra los riesgos de mar así como contra los provenientes de una utilización normal por los pasajeros de las instalaciones de la nave. El riesgo de sufrir una enfermedad repentina los pasajeros de la embarcación, no proveniente de la utilización de los servicios que le son prestados, queda, por tanto, fuera de ese deber de protección y de la obligación de indemnizar los daños sufridos por el prestador del servicio contratado».

La STS de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4699) se enfrentaba a los siguientes hechos probados:

«D. Blas conducía un coche por la N-525 en dirección a Benavente; en sentido contrario, circulaba D. Evaristo. Este tuvo que frenar al cruzarse en la

¹⁶⁶ PROSSER, W. L./KEATON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., págs. 560 y 562.

¹⁶⁷ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 604; en el mismo sentido, WAGNER/KÖTZ, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 201.

¹⁶⁸ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, 14 ed., München; Beck, 1987, pág. 438.

carretera unos jabalíes que procedían de terrenos en los que estaba el coto de caza El Castro de Manzanares. El coche conducido por D. Evaristo colisionó con el conducido por D. Blas, quien a consecuencia del choque falleció, dejando esposa y cinco hijos»;

y razona del siguiente modo:

«La responsabilidad por daños y accidentes causados por animales se rige, efectivamente, por lo dispuesto en la Ley de Caza. En la reciente sentencia de 22 de diciembre de 2006, esta Sala, examinando un supuesto sustancialmente igual al que origina el presente litigio, entendió que “el artículo 33 regula un supuesto de nacimiento de la obligación de indemnizar por la mera producción del daño, sin exigir culpabilidad alguna por parte del titular del aprovechamiento (sentencias de 27 de mayo de 1985 y 30 de octubre de 2000)”. Sin embargo, debe recordarse que la imputación de responsabilidades que el mencionado artículo efectúa se realiza sobre la base de la determinación del lugar de procedencia de los animales y por ello resulta indispensable que la prueba acredite esta procedencia de manera inequívoca.

Para determinar la procedencia de los animales causantes del accidente, no basta simplemente su presencia más o menos circunstancial en una finca concreta, ya que como afirma la sentencia citada “se hace precisa una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento”. La atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma y por tanto, el actor debe probar la procedencia de la caza, cosa que no ha sucedido en el caso origen de este recurso, en que las pruebas aportadas han llevado a la Audiencia a no considerar probado que los jabalíes tuviesen su hábitat en el coto demandado, lo que de acuerdo con la normativa vigente, exonera a los titulares del mismo de responsabilidad».

En el caso del que trata la veterana STS de 10 de febrero de 1959, se requirió a unas cuantas personas para transportar el cadáver de una vaca que murió ahogada. Como se temía que hubiese padecido hidrofobia, se sometió a esas personas a un tratamiento antirrábico y, a consecuencia de éste, una de ellas quedó paralítica e incapacitada para toda clase de trabajos. El TS hizo responsable al poseedor del animal por el artículo 1905 CC; le bastó apreciar un nexo de causalidad entre el animal y el daño final. La doctrina criticó la manera de tratar la causalidad¹⁶⁹, pero sin duda había un asunto previo: si se podía situar el supuesto en el ámbito de protección del precepto.

¹⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios de Jurisprudencia Civil*, I, Madrid: Tecnos, 2.ª ed., 1973, pág. 264.

En los tres casos, el daño se encontraba fuera del fin de protección de la norma; en el primero, de forma probada; en el segundo, porque no se había llegado a probar el supuesto de hecho de la norma de responsabilidad objetiva; en el tercero, porque el daño no era atribuible al comportamiento animal para el que está prevista la norma de protección.

En cuanto a la posible concurrencia de otros criterios, Larenz añade que la «adecuación», con su juicio *ex ante* sobre la posibilidad de que un observador imparcial hubiese excluido el daño como absolutamente improbable en el contexto en que se produce, no tiene mucho que aportar; lo decisivo es si se ha realizado el «riesgo» para el que se ha previsto que se responda sin tener en cuenta la diligencia del responsable. Desde esta perspectiva, el BGH no ha tenido inconveniente en conceder indemnización por algunos daños que podrían considerarse «no adecuados», argumentando que no se trata de si pudieron preverse, sino de si son realización específica del peligro ligado a esa responsabilidad¹⁷⁰. G. Wagner también es claro: para la delimitación del ámbito de la responsabilidad objetiva no es relevante la probabilidad de que pueda llegar a producirse el daño, calculada *ex ante*, sino el punto de vista normativo del fin de protección de la norma que impone la responsabilidad¹⁷¹.

Sin embargo, el TS español no ha tenido inconveniente en argumentar en torno a este criterio de imputación objetiva en sede de responsabilidad objetiva, aunque el asunto se resolvía finalmente con la culpa exclusiva de la víctima. La STS de 22 de febrero de 2010 (RJ 2010/1290) trataba del atropello a Doña Susana por parte del vehículo conducido por D. Octavio, producido cuando la actora, que viajaba como pasajera en otro vehículo por la misma carretera y dirección, se bajó del coche y cruzó la autopista hacia la mediana, siendo alcanzada por el turismo que circulaba por el carril izquierdo sobre las 23.40 h. La sentencia de primera instancia apreció culpa exclusiva de la víctima; la de apelación opinó que la culpa era compartida, pues no constaban maniobras de evitación en unas circunstancias que parecían propicias para que se hubieran intentado –tramo recto, con buena visibilidad, buen ancho de calzada, etc.–, y la simple duda sobre la evitabilidad excluye que la culpa fuera exclusiva de la víctima. Finalmente, el TS aprecia el criterio de la adecuación para excluir la responsabilidad objetiva por los daños personales (LRCSCVM):

«La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, lo que permite elimi-

¹⁷⁰ LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 439.

¹⁷¹ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 201.

nar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima. Y es evidente que, con los datos que la sentencia valora, atribuir al conductor del turismo un porcentaje de culpa del 25% en el atropello de la peatón no encaja con esta doctrina desde el momento en que pone a su cargo no solo el riesgo que la ley asocia a la conducción de vehículos a motor, sino el que la conducta de la víctima procura, cuando ha sido este y no aquel el que sustenta la ausencia de imputación objetiva («quedará exonerado») dada la decisiva, grave y exclusiva incidencia en el hecho de su atropello. La previsión que se exige de un automovilista circulando de noche y en autopista, se concreta en una circulación presidida por el principio de confianza que tiene su fundamento en las características de la vía y en la ausencia de obstáculos en la misma, como es el paso prohibido de peatones, de tal forma que vincular en un 25% el efecto dañoso al hecho de que el conductor no advirtió con la suficiente antelación la presencia de una peatón cruzando la carretera, para haber aminorado su velocidad y adoptar cualquier otra maniobra evasiva, no solo no encaja con los criterios de imputación que resultan del riesgo, sino que supone desconocer la realidad que la circulación exige en estas circunstancias, imponiendo al automovilista maniobras imposibles, que la sentencia no concreta, que haberlas llevado a cabo hubieran puesto en riesgo su propia seguridad.»

En la STS de 12 de mayo de 2004 (RJ 2004/2736), el perro de raza «doberman» de Lázaro entró en la finca de Millán y se enzarzó en una lucha feroz con el perro de éste. Millán intentó separarlos y, al hacerlo, sufrió una parada cardíaca que provocó su muerte. El TS, que aplica el artículo 1902 y no el 1905 CC, acepta la conclusión a la que había llegado la sentencia recurrida de que «el desenlace –muerte– era de prever debido a estas placas ateromatosas obstructivas en las coronarias que indican un enlace causal, preciso y directo entre la entrada violenta del perro y la muerte de Millán». En este caso, que podía haber planteado un buen supuesto de daño «no adecuado» o descartable *a priori* por remoto, no solo se ignora el criterio de la adecuación para reducir el daño indemnizable, sino que se mezcla la previsibilidad del daño con la prueba del nexo causal y la decisión de que a la víctima se le resarza tal cual es, incluido el mayor daño causado por una predisposición personal de ésta.

No parece razonable que el criterio de la adecuación tenga algo que aportar en un contexto en el que la obligación de responder no depende de que el comportamiento del obligado a resarcir fuera distinto al debido y previsto. Sin embargo, algunos autores, y la propia jurisprudencia alemana en algún caso, han utilizado expresamente la teoría de la adecuación para limitar las consecuencias dañosas en el ámbito de la responsabilidad objetiva¹⁷². Koziol entien-

¹⁷² KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., págs. 273 y ss.

de que el razonamiento para excluir lo completamente atípico es igualmente válido en el caso de la responsabilidad objetiva, cuando el daño «no tiene que ver» con esa fuente específica de peligro¹⁷³. Ahora bien, al explicarlo de este modo, no parece que la adecuación pueda añadir algo al fin de protección de la norma, pues un daño que *no tiene que ver* con la fuente de peligro estaría también fuera del fin de protección¹⁷⁴.

Esta reflexión sobre el papel que está llamado a jugar el criterio del fin de protección de la norma como «filtro» del daño indemnizable (*an respondentur*) no constituye ninguna sorpresa. Entre nosotros ya se había puesto de relieve con autoridad que su papel es equiparable al que, en el ámbito de la responsabilidad por culpa, realiza el concepto de deber de cuidado (*duty of care*)¹⁷⁵. Por lo tanto, en el contexto de una responsabilidad que no depende de la violación de deberes de cuidado por el demandado el protagonismo del criterio del fin de protección de la norma resulta ineludible.

Ahora bien, aunque el planteamiento sea claro —¿es el daño cuyo resarcimiento se pretende realización del riesgo específico que justifica la responsabilidad agravada?—, la respuesta no siempre resulta sencilla. Habrá que partir de lo que cada ley de responsabilidad objetiva establezca (comenzando por la expresión que use para delimitar su ámbito de protección), y del modo como la jurisprudencia la esté aplicando, pero conviene ahondar con ejemplos.

2.1 Navegación aérea

Los accidentes aéreos pueden causar daños a los pasajeros y al equipaje transportados, pero también a terceros o a propiedades de terceros que se vean alcanzados por los efectos del paso o del impacto de la aeronave. En la mayoría de los casos, decidir si los daños están amparados o no por la norma de protección exigirá una operación de subsunción relativamente sencilla¹⁷⁶; sin

¹⁷³ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 275.

¹⁷⁴ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 275. El autor reconoce que la adecuación no limita siempre la responsabilidad, y hay casos en los que es el propio legislador el que establece la responsabilidad por daños «no adecuados» (§§ 460, 965, 979 y 1311 ABGB).

¹⁷⁵ PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996, pág. 116: ««deber de cuidado» y criterio del «ámbito o fin de protección de la norma» son, para la solución de la mayor parte de los problemas económicamente relevantes, instrumentos perfectamente intercambiables» (con cita de FLEMING, J. G., *The Law of Torts*, 6.^a ed., The Law Book Company, Sydney, 1983, págs. 129 y 130).

¹⁷⁶ En el caso de España, para daños a pasajeros resulta aplicable la normativa comunitaria (siempre que la aeronave implicada sea comunitaria), que adapta el «Convenio de Montreal» aplicable a daños a pasajeros acontecidos con motivo de todo transporte internacional de personas efectuado en aeronaves a

embargo, la realidad presenta algunos daños, quizá menos ordinarios, que exigen un análisis más detenido de la dimensión protectora de la norma, como ponen de relieve en los siguientes ejemplos de la jurisprudencia alemana:

Un avión sobrevuela a escasa altura una granja de zorros plateados y el estruendo del motor provoca en las hembras una reacción de pánico que les lleva a matar a las crías. No cabe dudar de la relación causal entre el vuelo y la reacción de los animales que provoca el daño; la cuestión es decidir, a partir del texto de la ley, si el daño está dentro de su fin de protección.

Pongamos que es aplicable la LNAE; su artículo 119 dispone que «son indemnizables los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje». Aunque el argumento literal no sea el único a tener en cuenta para decidir si se trata de un daño indemnizable al amparo de la norma, sí es un presupuesto necesario, y en este caso el tenor del precepto es suficientemente amplio para entender comprendido el daño causado a los zorros¹⁷⁷. Por el contrario, si resultara aplicable el Convenio de Roma, encontramos en su artículo 1.1 que «[l]a persona que sufra daños en la superficie tiene derecho a reparación en las condiciones fijadas en este Convenio, con solo probar que los daños provienen de una aeronave en vuelo, o de una persona o una cosa caída de la misma. Sin embargo, no habrá lugar a reparación, si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado o si se deben al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo de conformidad con los reglamentos de tránsito aéreo aplicables». Aquí la protección se hace depender del cumplimiento de ciertos deberes de cuidado: los reglamentos de tránsito aéreo. El Convenio opta por un

cambio de remuneración, o al transporte gratuito efectuado en aeronaves por una empresa de transporte aéreo. La aplicación de la LNAE queda limitada a los transportes no efectuados por compañías comunitarias o a los accidentes en los que la aeronave no tenga la condición de transportista (extinción de incendios, prácticas deportivas...). Para daños a terceros las instancias comunitarias no han considerado necesario unificar el régimen, probablemente por lo avanzado de los trámites para la adopción de nuevos instrumentos internacionales (Proyecto de Convenio sobre la compensación de los daños causados a terceros por aeronaves en caso de interferencia ilícita; a cargo de la Sección Jurídica de la OACI). Para los daños causados a terceros sobre territorio español se aplicará la LNAE, con independencia de la nacionalidad de la aeronave, pero si ésta está matriculada en otro estado firmante del Convenio de Roma, sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (7 de octubre de 1952), se aplicará éste. En los ejemplos que hemos puesto se trataría de daños causados a terceros.

¹⁷⁷ Nuestra doctrina se ha encargado de la cuestión sobre qué puede entenderse por «la acción de la aeronave, en vuelo o en tierra», y la peculiar problemática que planea la expresión «cuanto de ella se desprenda o arroje», que ha merecido una interpretación jurisprudencial restrictiva, criticada por la doctrina. BUSTOS MORENO, C., «Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y de la navegación aérea», en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4.ª ed., II, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 1442 y ss.

criterio de imputación de riesgos que es propio de la responsabilidad por culpa, pero tampoco consigue responder a todas las posibles preguntas ya que, ni el incumplimiento reglamentario impone la responsabilidad (podrían concurrir otras causas de exoneración), ni el cumplimiento la excluye (podrían concurrir otros criterios de imputación de la responsabilidad), como repite una y otra vez nuestra jurisprudencia para la responsabilidad por culpa.

En nuestro caso, ¿qué hizo el *Reichsgericht* con los zorros? Delimitó las esferas de riesgo de las que debía responder cada uno de los afectados, de manera que si el daño final se debía sobre todo al hecho de que la especie se encontrara hacinada en una granja de cultivo intensivo, debía atribuirse al propietario de los zorros; pero si la causa única o principal del daño era el ruido causado al volar, el daño debía corresponder al que lo causó; también cabría apreciar una concurrencia de «riesgos», en la medida en que ambas circunstancias hubiesen contribuido más o menos al daño final¹⁷⁸. Finalmente, entendió que se debía responder: el riesgo de que los efectos acústicos del vuelo causen daño a terceros es un riesgo cubierto por la norma de responsabilidad¹⁷⁹.

Larenz añade que, desde la perspectiva del criterio de la adecuación, no se debería responder, pues parece imposible que ningún observador hubiese contado con ese daño *a priori*. Sin embargo, lo decisivo es el juicio sobre si se está dentro o fuera del fin de protección. Lo que se debe preguntar es si el riesgo de que algunos zorros mueran por el ruido que genera un avión constituye un «riesgo de empresa» asumido por la compañía de navegación aérea; esto es, determinar si *en ese daño se ha realizado el riesgo* del que se responde objetivamente¹⁸⁰.

En la STS de 16 de enero de 2002 (RJ 2002/8), Fenosa había utilizado la corriente del río Tajo para refrigerar la central nuclear «José Cabrera», de la que era titular, lo que ocasionó un aumento de la temperatura de las aguas por encima –aproximadamente en seis grados– del límite autorizado de 30 grados, lo que actuó como determinante decisivo para ocasionar la mortandad masiva de las truchas de la sociedad demandante –Piszolla–. La sentencia condena a la sociedad demandada a indemnizar los daños por culpa, y no plantearía especial interés si no fuera por el modo de responder a uno de los argumentos de la demandada recurrente. Ésta alegó que concurría la actuación culposa convergente de la demandante, que debía traducirse en una moderación de la responsabilidad de la demandada, alegando la falta de idoneidad de las aguas del río Tajo

¹⁷⁸ BRÜGGEMEIER, G., *Haftungsrecht...* cit., pág. 112.

¹⁷⁹ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...* cit., pág. 202.

¹⁸⁰ LARENZ, *Lehrbuch...* cit., pág. 438.

para la cría de la trucha Arco Iris. El TS acepta que la cría de esta especie en tales aguas planteaba algunos riesgos, que habían sido tenidos en cuenta por la demandante, pues había adoptado algunas medidas para paliarlos –como el sistema de inyección del oxígeno, del que estaba provista la piscifactoría–, pero que se trataba de riesgos internos que no se había probado que hubieran incidido en el estrago causado, pues la causa exclusiva de la mortandad de las truchas fue la elevación de la temperatura del agua. De este modo el TS deja abierta la posibilidad a considerar el riesgo asumido por el demandante como un factor al que atribuir parte del daño, si se prueba la relación entre dicho riesgo y el daño finalmente causado.

En otro ejemplo similar, un helicóptero había sobrevolado a muy escasa altura el edificio propiedad del demandante y había causado el derribo de una parte del tejado. El tribunal de instancia rechazó la demanda argumentando que no había adecuación entre la acción llevada a cabo y el resultado final; el edificio, que tenía 90 años de antigüedad, había sido reformado defectuosamente 35 años antes de que los hechos tuvieran lugar. El BGH negó para este caso la relevancia del test de la adecuación, y se preguntó: ¿era el daño causado en el edificio por la presión ejercida por el helicóptero consecuencia o manifestación del riesgo al que está ligada la norma de responsabilidad objetiva? Respondió afirmativamente y concedió la indemnización.

También lo entendió así el RG en el caso de un conductor que se asustó por el ruido de un avión que volaba bajo: se salió de la calzada y colisionó con un árbol. Aunque partamos de que lo relevante es preguntar si el riesgo de que eso ocurra se encuentra cubierto por el fin de protección de la norma, es difícil obviar el hecho de que existen disposiciones reglamentarias que regulan las alturas de los vuelos, que se mencionan expresamente en algunas normas de responsabilidad objetiva, como en el Convenio de Roma, por lo que parece perfectamente razonable plantear si la solución debería variar en función de que el avión respete o no dicha reglamentación.

Parece claro que el cumplimiento de la normativa no debería ser un argumento definitivo para exonerar de responsabilidad al causante del ruido y del daño. Si el vuelo cumple la normativa, la empresa podría pretender que el daño causado queda siempre fuera del fin de protección, como manifestación del riesgo general de la vida. Pero nuestra jurisprudencia es firme al defender que el comportamiento reglamentario del demandado no excluye la responsabilidad de éste, siempre que concurra el resto de requisitos generales de la responsabilidad, entre los que se encuentra la culpa, que –dado el caso– no suele te-

ner especial inconveniente en dar por probada¹⁸¹. Pues bien, resultaría extraño que el cumplimiento de la normativa no sirviera para aprobar el test de negligencia, y que sin embargo fuera suficiente para apreciar que nos hallamos fuera del ámbito de protección de la norma de responsabilidad objetiva.

Y si no se puede defender que los daños causados a pesar del cumplimiento de la normativa sobre altura sean daños que se encuentran necesariamente «fuera» del fin de protección de la norma, tampoco podría afirmarse que el incumplimiento nos sitúe automáticamente dentro del ámbito de protección de la norma, ya que podrían alegarse otros criterios de imputación objetiva o alguna causa de exoneración, como un comportamiento relevante de la víctima: el conductor viajaba cansado, se iba durmiendo y se asustó de manera desproporcionada ante un estímulo ordinario. Aunque el atractivo de trazar una línea divisoria fácilmente reconocible entre el fin de protección y el riesgo general de la vida según se haya cumplido o no un reglamento sea grande, debería rechazarse.

Hay que reconocer que el cumplimiento o incumplimiento de cierta normativa proporciona una seguridad que no es posible pretender acudiendo a los criterios de imputación objetiva –propios de la tópica jurídica–, o a la eventual concurrencia de causas de exoneración (culpa o contribución causal de la víctima, fuerza mayor); sin embargo, constituye una solución rígida que tiene en cuenta una circunstancia que, precisamente en el caso de la responsabilidad objetiva, *no forma parte del fundamento de la norma de responsabilidad*. Los criterios para delimitar el fin de protección de la norma no deberían girar sobre el comportamiento del eventual responsable; la responsabilidad objetiva no desaparece por el hecho de que el demandado haya desempeñado una conducta diligente, precisamente porque puede causar daños a pesar de haberla adoptado. Por eso parece preferible delimitar el ámbito de protección sin dar un papel decisivo al cumplimiento de esas normas.

¹⁸¹ Como observa SANTOS MORÓN, M. J. («En torno a la reparación de los daños ambientales en el Derecho español», *Revista crítica de Derecho privado* [Uruguay], n.º 10 de 2013, págs. 830 y ss.), «[c]on bastante frecuencia las empresas demandadas aducen en su defensa el cumplimiento de la normativa administrativa aplicable a la actividad industrial de que se trate; y con igual frecuencia el TS afirma que el cumplimiento de las exigencias administrativas pertinentes (v. gr. niveles reglamentarios de emisión, respeto a las autorizaciones de vertido, etc.) no excluye la culpa del agente. De hecho el TS suele afirmar que «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que había algo por prevenir y no se hallaba completa la diligencia (entre otras, STS 17 de marzo 1981; 31 enero 1986; 28 abril 1992; 7 abril 1997...)». Desgraciadamente, en nuestro Derecho la protección de los ciudadanos frente a inmisiones sonoras dio un vuelco como consecuencia de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994, más conocida como *Asunto López Ostra contra España*, que ha conseguido que estos problemas se tratan como supuestos de violación del derecho de toda persona a su vida privada y familia, su domicilio y su correspondencia».

El BGH estimó que el seguro de un vehículo de rally no cubría los peculiares daños que había causado éste al salirse del recorrido y chocar contra una porqueriza cercana al trazado de la carrera: además del daño causado por la colisión, los cerdos se asustaron, entraron en una reacción colectiva de pánico y muchos de ellos murieron; no le pareció que ese daño estuviese dentro del fin de protección de la legislación específica sobre los vehículos a motor. Quizá estimara también que el dato más decisivo para el resultado final (muerte de los cerdos) fueran las condiciones de hacinamiento en que se encontraban los animales dentro de una explotación pecuaria intensiva, pero bien pudo bastar la idea de que esa eventualidad (¿riesgo, peligro?) no está protegida en el contexto de la conducción de vehículos, aunque sean de rally. Una cosa es provocar un accidente en el que un camión que transporta cerdos se estrelle y los cerdos perezcan; y otra proporcionar un golpe al camión de cerdos con suficiente fuerza como para que éstos se asusten y se maten unos a otros. Aunque también podría acudirse a otros criterios que tratan de limitar los daños remotos o en cadena, en nuestro caso parece suficiente hacer una adecuada interpretación del fin de protección de la norma.

A partir de estas reflexiones, parece claro que la clave es decidir si el daño se encuentra dentro del fin de protección de la norma y, desde esta premisa, este criterio de imputación objetiva emerge como auténtico elemento configurador de la responsabilidad sin culpa¹⁸²; y así como el fundamento de la responsabilidad objetiva parece cosa que debería quedar reservada al legislador, la delimitación del fin de protección de la norma es una tarea típicamente jurisprudencial, en paralelo al papel que tiene en la delimitación del elemento «culpa» para el régimen general, y con un papel similar de «filtro» de lo indemnizable.

2.2 Ferrocarril

El ordenamiento jurídico alemán cuenta con una veterana ley que prevé la responsabilidad objetiva en la explotación de los servicios de transporte ferroviario, y su jurisprudencia se ha planteado interesantes problemas prácticos en torno a cuándo un accidente y su correspondiente daño acontecen «con motivo del funcionamiento» del ferrocarril, esto es, dentro del fin de protección de la norma. En líneas generales, no plantean dificultades los casos de daños causados por roturas —de una vía o de una rueda, etc.—, fallos en la señalización, frenazos repentinos (con causa o sin ella), bandazos por el vaivén de los vagones,

¹⁸² LARENZ, *Schuldrecht...*, cit., págs. 438 y ss.

daños ocasionados por las barreras al bajar, colisiones en pasos a nivel, etc. Pero la jurisprudencia alemana ha entendido que también se responde objetivamente en supuestos en los que no existe una relación directa entre el daño y la prestación del servicio de transporte como tal: una persona cae por la aglomeración de pasajeros apresurados que cruzan el andén o el paso con barrera. Parece perfectamente defendible que estos últimos accidentes no constituyen la realización del riesgo típico del ferrocarril como medio de transporte, sino del fenómeno de masificación de los servicios, la coyuntura de las «horas punta», etc., que en absoluto pueden considerarse un riesgo extraordinario y que, por otra parte, acontecen del mismo modo en otros contextos –unos grandes almacenes– en los que no se responde objetivamente ni se pretende que sea así.

Es cierto que para la empresa ferroviaria se trata de riesgos ordinarios, en el sentido de previsible, con los que parece razonable que cuente. Para hacerle responder objetivamente no podría alegarse un riesgo extraordinario, pero sí tendría sentido defender que, por el contrato de transporte, el prestador del servicio queda obligado a garantizar los daños personales típicos que acontezcan dentro de su ámbito de control salvo que pueda imputárselos a otro (a la víctima, a un tercero o a fuerza mayor); y que el prestador del servicio se encuentra en una posición idónea para asegurar esos daños, repercutiendo su coste entre todos los usuarios. Ahora bien, se trata de una perspectiva contractual: se responde del daño causado dentro de la esfera de control del deudor. Desde esta perspectiva, el prestador del servicio adquiere un «deber de protección», se obliga a prestar una «garantía de seguridad personal» que le hace responder de los daños personales «típicos» que tengan lugar dentro de su ámbito de control, con el límite de las causas de exoneración: fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima¹⁸³.

Es razonable que el contratante que presta un servicio garantice la seguridad de sus clientes frente a ciertos riesgos típicos mientras se encuentren en el lugar donde se presta el servicio; o si se quiere, no carece de lógica obligar al prestador del servicio a asegurar los daños personales que acontezcan en su establecimiento (la estación), con cargo a todos los usuarios (los viajeros). Pero hay que dejar claro que ésta no es la lógica propia de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas; se trata más bien del interés de una comunidad de riesgo (empresas y usuarios de transporte) en organizar un sistema centralizado que cubra los daños personales que acontezcan en el uso del servicio, obligando al prestador de éste a asegurarlos. Sería parte del seguro obligatorio de viajeros que cada uno de éstos adquiere con el billete. Lo que no parece razonable es que esa

¹⁸³ Sobre los deberes contractuales de protección, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid: Civitas, 2000, págs. 247 y ss.

regla de responsabilidad objetiva «contractual» se aplique a los transportes utilizando como argumento que el artículo 148 TR LGDCU establece una responsabilidad objetiva para los servicios de transporte.

La jurisprudencia alemana ha llegado más lejos y ha afirmado que la regla de responsabilidad objetiva también ampara los casos en los que un viajero se tropieza en una escalera de la estación o se resbala en el andén, sin que juegue ningún papel el contexto propio de ese medio de transporte: la prisa de otros viajeros, las condiciones de funcionamiento de las instalaciones, etc. Cuando se llega a decir, como se ha hecho, que no hace falta que el accidente haya sido causado *por un peligro propio de la empresa de transporte*, sino que es suficiente con que haya una relación externa –de lugar y tiempo– entre el accidente y la actividad o instalación empresarial en la que acontece aquél, se está ignorando el fundamento normativo (*la realización de un riesgo específico*) en el que descansa la responsabilidad objetiva, quizá dejándose llevar por la lógica contractual de los deberes de protección.

En nuestra jurisprudencia también es posible encontrar alguna sentencia que hace responsable a la empresa ferroviaria de los daños causados por caídas en estaciones de tren: D. Rubén padecía una tetraplejía espástica incompleta que, aunque le permitía estar de pie en algunos momentos, necesitaba continuamente de la asistencia de otra persona, por el riesgo de que le fallara la pierna y cayera. Él y su mujer, D.^a Pilar, de 45 y 42 años respectivamente, compraron unos billetes de tren y se dirigieron a los andenes, situados en el piso superior de la estación. Para acceder a éste, D. Rubén subió, ayudado por D.^a Pilar, a unas escaleras mecánicas, pues el ascensor se encontraba averiado. Las escaleras se ponían en marcha por contacto y presión, con tiempo de funcionamiento y paro programados; el tiempo de traslado de una persona desde la carga hasta la descarga era de 21 segundos, y después seguía funcionando durante 20 segundos más. Si el viajero no concluía su traslado en 41 segundos, la escalera se detenía hasta que otro pisara las planchas del rellano. Como los esposos se entretuvieron más de 21 segundos en subir al primer escalón, por la tetraplejía de D. Rubén, la escalera se detuvo antes de concluir su trayecto. Ignorando el sistema de funcionamiento, y pensando que la escalera se había estropeado, intentaron acabar de subirla a pie, momento en el que otro viajero la puso en funcionamiento. El movimiento de la escalera sorprendió a los esposos y D.^a Pilar, más pendiente de su marido que de ella, cayó rodando por la escalera y resultó con graves lesiones que tardaron casi dos años en curar y le dejaron secuelas permanentes.

La demandada, Renfe, alegaba que el daño ocurría fuera del núcleo central del contrato de transporte, y que tampoco cabía apreciar una relación cau-

sal entre una acción de la demandada y el daño sufrido por la demandante. La STS de 23 de diciembre de 2005 (RJ 2005/82) opina, sin embargo, que

«de los hechos probados se desprende con toda claridad que el hecho ocurrió dentro de la estación y al utilizar los demandantes un medio mecánico que resultaba imprescindible para acceder a los andenes y por tanto para tomar el tren en el que iban a hacer el viaje contratado. Que el “núcleo central del negocio jurídico” no fuera el recorrido en la escalera mecánica sino el propio viaje en tren no puede significar desde luego, como parece pretenderse en el alegado del motivo segundo, que la empresa hoy recurrente limitara todas sus posibles responsabilidades única y exclusivamente al trayecto en ferrocarril, pues de ella dependía la estación con todas sus instalaciones (...). Si el ascensor, medio alternativo de acceso a los andenes, estaba averiado, era deber de la compañía hoy recurrente haber adoptado las precauciones oportunas para que los cónyuges demandantes, siendo advertibles para cualquiera las limitaciones de movilidad del marido, hubieran podido acceder al andén con la seguridad suficiente o, en último extremo, haberles indicado la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. *Y como resulta que nada de eso hizo la hoy recurrente, permaneciendo pasiva ante la utilización de unas escaleras mecánicas cuyo sistema de funcionamiento ahorra energía y gastos para aquélla tanto cuanto podía poner en peligro a personas como los cónyuges demandantes, con el mismo derecho a viajar en tren que cualquier otra persona, necesariamente habrá que concluirse que la responsabilidad de aquélla por lo sucedido es indiscutible, ya se examine con arreglo al artículo 1902 CC, ya desde la perspectiva de sus obligaciones como empresa ferroviaria de transporte de viajeros».*

Me detengo con cierto detenimiento en la argumentación porque, ante un suceso que *a priori* sólo cabría calificar de desgraciado accidente, la Sentencia llega a decir que la diligencia exigible a la empresa incluía el deber de aconsejar a la víctima que no viajara si no podía acceder al andén en ascensor. De este modo parece obligar a Renfe a valorar si los viajeros tienen capacidad motora suficiente para utilizar la escalera mecánica, en su caso, ofrecer el ascensor y, en caso de no disponer de éste, acompañarlos para asegurar su feliz acceso al andén o disuadirles de que soliciten el servicio. Se dice que el ascensor estaba averiado, pero no que los esposos hubieran acudido a éste en primer lugar. Tampoco se afirma que éstos fueran imprudentes por intentar subir a la escalera, ni que se tratara de un medio de transporte inadecuado teniendo en cuenta las limitaciones de D. Rubén. Entiendo que la situación sería distinta si el matrimonio expresó su deseo de acceder al andén por otro medio, por la inseguridad que les causaba el ofrecido, y que desde Renfe no se les proporcionó esa alternativa ni se comprobó que hacían un uso adecuado del único medio de acceso que se les daba.

En cualquier caso, cuando se trata de asignar los daños accidentales con las herramientas de la responsabilidad por culpa termina siendo normal que los niveles de diligencia exigible se eleven de manera poco razonable¹⁸⁴; y aunque falten datos para valorar los pormenores, no parece sensato exigir a Renfe que valore y decida si un viajero está o no en condiciones de utilizar alguno de los dispositivos mecánicos de la estación (sea la escalera mecánica, o una puerta giratoria, u otro dispositivo automático), o que informe a los usuarios de que tienen 41 segundos para realizar el recorrido completo, u otros datos sobre el funcionamiento de la escalera mecánica; tampoco parece que se pueda reprochar a los afectados que no se negaran a utilizar la escalera mecánica, o que no supieran cómo comportarse cuando la escalera dejó de funcionar sin haber llegado hasta arriba. Si se acepta que se trata de un daño accidental típico, la cuestión se centra en decidir si debería quedarse en la víctima (riesgo general de la vida) o trasladarse a la empresa que se sirve de la escalera en la que se produjo el accidente (riesgo asumido *al contratar*).

Al final del largo párrafo transcrito parece darse a entender que, puesto que se trata de una caída en el contexto de una relación contractual y dentro de la sede en la que se proporciona parte del servicio, Renfe debería responder de la seguridad (daños personales) de los pasajeros mientras se encuentren dentro de ésta, lo que incluye no sólo el interior de los coches (vagones) o el acceso a los mismos, sino también las estaciones e instalaciones que hacen posible llegar hasta aquéllos. En algunos momentos, la sentencia utiliza argumentos propios de la lógica objetiva, como cuando menciona el riesgo cubierto o el ahorro de gasto que supone un mecanismo que funciona con estrechos límites temporales. Pero parece que lo hace solo para apoyar el argumento principal, consistente en reprochar a la demandada su comportamiento negligente.

2.3 Transportes terrestres en el artículo 148 TR LGDCU

El artículo 148 TR LGDCU menciona los servicios de transporte entre aquéllos de los que se ha de responder de manera objetiva pero, como habrá oportunidad de comprobar, lo cierto es que, más allá de las declaraciones de

¹⁸⁴ Hace tiempo que los partidarios de una cláusula general de responsabilidad objetiva para actividades anormalmente peligrosas han puesto de relieve que cuando se quiere hacer responder objetivamente y no hay una norma que lo haga posible, se suele terminar por acudir al sistema de la responsabilidad por culpa, deformando el concepto de diligencia y exigiendo de los responsables comportamientos que en realidad no son razonablemente esperables como diligentes. Se utiliza una herramienta que no está pensada para ello y se desnaturaliza, en perjuicio de la coherencia y claridad del sistema.

principio, la jurisprudencia ha seguido acudiendo a la culpa en su aplicación y, en todo caso, no lo ha interpretado como un precepto que atribuya los daños accidentales al transportista.

La SAP Córdoba de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/129288) trata de una pasajera que se cayó en la rampa de acceso al andén del que debía salir su tren. La empresa ferroviaria demandada alegaba que no era de aplicación la LGDCU, porque el accidente era «ajeno al servicio de transporte». Comenta la sentencia que «de un modo ilustrativamente pragmático, viene a sostenerse que la responsabilidad de la transportista únicamente se genera cuando el viajero se encuentra en el interior del medio de transporte en cuestión, en este caso un vagón de ferrocarril. Tal planteamiento debe rechazarse por ser exacerbadamente minimalista y olvidar que la prestación de un concreto servicio de transporte lleva anexas determinadas instalaciones complementarias sin las cuales el propio servicio no podría prestarse y cuyo uso es ineludible para el viajero». Entiende, por tanto, que los hechos encajan en el artículo 28 LGDCU, esto es, que nos hallamos dentro del fin de protección de la norma. Sin embargo, cuando parecía que a la sentencia le bastaba la responsabilidad objetiva, lo que hace a continuación es reprochar a la empresa ferroviaria que haya habilitado una rampa en condiciones inadecuadas para la seguridad de los viajeros (por su inclinación, el tipo de material utilizado, su estado concreto en un día lluvioso, etc.) y condenarle a indemnizar por culpa. Probablemente no le falte razón, en el sentido de que resulta muy discutible que ese daño se encuentre amparado por el fin de protección de una norma como el artículo 28 LGDCU, por lo que hacía falta una explicación en clave de culpa; con todo, es una pena que el asunto del fin de protección de la norma quedara sin plantear ni resolver.

En un supuesto aparentemente similar, conocido por la SAP Barcelona de 5 de diciembre de 2000, JUR 2001/110644, la demandante se había caído dentro de un vagón del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, que se encontraba parado en una estación. Alegó que había sido como consecuencia de haber resbalado con un líquido deslizante que se encontraba en el suelo, pero no pudo probarlo, y de la prueba practicada no pudo colegirse sino que la caída había sido motivada por su propio descuido. La actora alegaba el artículo 28 LGDCU y el carácter objetivo de la responsabilidad, pero la sentencia le responde que el TS ha declarado «en Sentencia de 19 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6719) que incluso la aplicación de la LGDCU no excluye la concurrencia de un factor culposo o negligente en la conducta o actividad de las personas presuntamente responsables», de manera que «la lectura de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 y su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable». La expresión es ciertamen-

te desafortunada, pues no es posible interpretar de manera conjunta unos preceptos que, según doctrina unánime, consagran normas de responsabilidad diferentes –en cuanto a la imputación subjetiva–, pero se trae deliberadamente al discurso porque corrobora lo que se venía afirmando: que en la mayoría de las sentencias la responsabilidad objetiva no se ha entendido como una responsabilidad con un fundamento propio, diferente de la culpa. La SAP continúa afirmando que «en cualquier caso, lo que no contempla esa Ley (LGDCU) es que pueda hacerse derivar la responsabilidad puramente en razón del objeto que ha causado el daño pues lo cierto es que las lesiones sufridas por la Sra. L. no fueron producidas por la actividad del transporte sino por un descuido de la misma sin conexión causal alguna con la actividad del metro», y se centra en la posible concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima como criterio de exclusión de la imputación. Como se ve, bien pudo resolver la cuestión de manera impecablemente «objetiva» acudiendo a la culpa exclusiva de la víctima. Con todo, no parece que se trate de un genuino supuesto de culpa del perjudicado, como si éste hubiera debido y podido prever la caída y comportarse de otro modo; es mejor apreciar que el daño acontece fuera del fin de protección de la norma: el riesgo de caerse en un descuido no está cubierto por la norma de responsabilidad, forma parte del riesgo general de la vida.

En otra sentencia sobre una caída en estación de metro (SAP Vizcaya de 19 de febrero de 2001, JUR 2001/137315), se considera que no es apreciable ningún riesgo, y que no cabe apreciar culpa en la empresa responsable del estado de la estación por el hecho de que el piso estuviese mojado en un día de lluvia; con otras palabras, que no era imputable un comportamiento negligente a la empresa en la limpieza o conservación de la estación. Además, se descartaba la culpa exclusiva de la víctima, pues el suelo mojado había contribuido de manera decisiva en la caída. Nos encontramos, por tanto, ante el típico «daño accidental» que no cabe imputar *a priori* ni a culpa del explotador del transporte ni a la víctima: *quid iuris?* En principio, del servicio de transporte se responde objetivamente (art. 148 TR LGDCU), pero ¿se encuentra ese daño cubierto por el fin de protección de la norma? Pienso que la respuesta debe ser negativa, en virtud del criterio de imputación objetiva del riesgo general de la vida (como criterio negativo de delimitación del fin de protección de la norma); no se trata de exonerar de responsabilidad por un daño del se hubiera debido responder por encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma (causa de exoneración), sino de constatar que el daño acontece fuera de dicho ámbito o fin y que, por tanto, no se responde. Hay daños accidentales que caen fuera del fin de protección; son manifestación de un riesgo que no está previsto o cubierto por la norma de responsabilidad.

Pero, ¿y si el daño accidental lo causa el movimiento típico del medio de transporte en cuestión? ¿Se trataría de un daño que acontece siempre dentro del fin de protección y, por tanto, del que el transportista solo puede exonerarse alegando fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima? ¿O puede invocarse aquí también el criterio del riesgo general de la vida? Cuando se trata de daños procedentes del movimiento del medio de transporte –ligados, por lo tanto, al riesgo típico de éste–, la jurisprudencia tiende a exigir la culpa del transportista para atribuirle responsabilidad. En la SAP Almería de 1 de julio de 2001 (AC2002/1487) la actora acababa de subir al autocar propiedad de la demandada y se hallaba en el pasillo buscando algún asiento libre cuando el autocar inició la marcha y cayó al suelo. No consta que la maniobra de iniciar la marcha se efectuara de modo brusco, simplemente se alegaba que la actora había caído al arrancar el vehículo y se pretendía que se respondiese de ese daño de modo objetivo. Sin embargo, como no se probó en qué había consistido la culpa del conductor o de la empresa, se denegó la pretensión, «no pudiéndose erigir el puro riesgo como fundamento único de la responsabilidad» (parece que tampoco en el ámbito de los servicios enunciados por el artículo 148 TR LGDCU), *sin perjuicio de las acciones que el pasajero tuviera al amparo del seguro obligatorio de viajeros*. Se conduce así el asunto hacia la lógica contractual del seguro de viajeros que éstos contratan por el hecho de viajar. Aquí el riesgo de daño accidental está ya cubierto por el seguro obligatorio y lo que hace la jurisprudencia es excluir que haya una «segunda» cobertura objetiva a cargo del artículo 148 TR LGDCU.

Esta mención al seguro obligatorio de viajeros presenta un indudable interés, pues en el fondo está cuestionando la oportunidad de que una misma actividad (el transporte de viajeros) y un mismo hecho (el daño causado a un viajero durante la utilización del mismo) se someta a un doble régimen de responsabilidad *legal* –artículo 148 TR LGDCU y Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros–, con la diferencia de que aquél apenas contiene especificación alguna sobre los límites típicos de la responsabilidad objetiva (salvo un tope cuantitativo global), en tanto éste detalla de forma minuciosa, según la lógica propia de las prestaciones contractuales, el fin de protección del contrato: los bienes jurídicos protegidos y las cuantías indemnizatorias¹⁸⁵. Es probable que este sea uno de los motivos por los que el precepto no haya sido apli-

¹⁸⁵ Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

«Artículo 10. *Aplicación de los importes de la cobertura del seguro obligatorio:*

1. Cuando concurren daños a las personas y daños en los bienes y la indemnización por estos últimos supere el importe señalado en el artículo 4.2.b) del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, la diferencia se indemnizará con cargo al remanente

cado en su dimensión objetiva; al fin y al cabo, ésta se encuentra ya cubierta por el seguro obligatorio de viajeros. Pero resulta también significativo que en muchas ocasiones ni se haya invocado el precepto.

En esta y otras sentencias en las que no se pudo apreciar la culpa del conductor, el artículo 148 TR LGDCU no fue suficiente –en su «objetividad»– para hacer responder a la empresa; la pregunta es: ¿no se trata en casos así –daños causados por el movimiento del vehículo– del típico daño accidental: no imputable a culpa del que lo causa ni del que lo sufre? ¿No debería servir aquel precepto precisamente para corregir la inicial distribución de ese daño y dejarlo de lado de quien lo causa? Es difícil aceptar que el mencionado precepto no haya querido atribuir ese daño a la empresa de transporte, pero la jurisprudencia prefiere otra solución: o se responde objetivamente por el contrato (con su seguro obligatorio de protección limitada), o por culpa (según los principios generales), sin que quepa añadir otra responsabilidad objetiva en los términos del artículo 148 TRLGDCU.

Puede encontrarse algún intento de reducir el «fin protector» de la norma. La SAP Zaragoza de 18 de noviembre de 2005 (JUR 2005/271439) no tuvo inconveniente en afirmar que el artículo 28 LGDCU no podía aplicarse al caso (el de una caída fortuita sufrida en el autobús), «aun cuando dentro de los supuestos que enumera estén también comprendidos “medios de transporte”», porque «es normativa que se refiere a una deficiencia propia o interna del bien, por ejemplo por defecto de fabricación, embalaje, información, etc.», lo que supone un curioso intento de limitar el ámbito de protección de la norma según la lógica del producto defectuoso.

Sobre el Seguro Obligatorio de Viajeros, la STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010/7444) trataba también de la caída en el autobús de una pasajera como consecuencia de un movimiento brusco de éste. La Audiencia entendió que no podía apreciarse culpa alguna en el conductor, que se vio obligado a realizar una maniobra de carácter evasivo para esquivar al vehículo que se incorporaba a la circulación sin señalizarlo debidamente; la conducción se adaptaba *«a las incidencias del tráfico existente en la zona, por la densidad e incluso paradas y retenciones del mismo que suele ser habitual en la hora en que se produjo el accidente»*. Añadió que tampoco se había acreditado que la actora adoptara las

que pudiera resultar en la indemnización de los daños a las personas hasta el límite del artículo 4.2.a) de dicho texto refundido.

2. Los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria y los gastos de entierro y funeral a los que se refiere el número 6 del apartado primero del anexo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor se considerarán incluidos dentro del importe de la cobertura del seguro obligatorio por daños a las personas, contemplado en el artículo 4.2.a) de dicho texto refundido.»

medidas necesarias para evitar la caída, y que la prueba del nexo causal (entre la culpa de la demandada y el daño) no puede suplirse con la aplicación de la teoría del riesgo. En cuanto a la responsabilidad derivada del Seguro Obligatorio de Viajeros, considera improcedente indemnización alguna, puesto que no existe culpa ni responsabilidad en el conductor del autobús. El TS le corrige de este modo:

«El Seguro Obligatorio de Viajeros, dice el artículo 1 del RD 157/1989, tiene por finalidad indemnizar a éstos o a sus derechohabientes, cuando sufran daños corporales en accidente que tenga lugar con ocasión de desplazamiento en un medio de transporte público colectivo de personas, siempre que concurren las circunstancias establecidas en este Reglamento. Se trata de un seguro obligatorio establecido, según el artículo 2, en relación con el artículo 4, en favor de todo viajero que utilice medios de locomoción destinados al transporte público colectivo de personas, incluyendo los autocares, que en el momento del accidente esté provisto del título de transporte, de pago o gratuito (art. 6), en virtud del cual el transportista responde siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo, de tal forma que bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas en el artículo 7: “choque, vuelco, alcance, salidas de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquiera otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo”, para ser indemnizado. Como se ha hecho notar por los intérpretes de esta disposición, el Reglamento, emplea una doble técnica para determinar el ámbito de cobertura de este seguro, enumerando las hipótesis que pueden considerarse accidentes, sin que estas constituyan *numerus clausus*, porque añade una cláusula abierta que incluye eventos ocurridos por otras averías o anomalías que afecten o procedan del vehículo (STS 27 de febrero 2006).

Pues bien, la sentencia al enjuiciar el caso comete un evidente error al condicionar la indemnización que merece la viajera del autobús a la ausencia de “*culpa ni responsabilidad en el conductor*”. Ello obliga a casar la sentencia, teniendo en cuenta que las lesiones sufridas por la recurrente se encuentran dentro de la cobertura del seguro al traer causa de un frenazo del autobús en el que viajaba y no encontrarse en ninguno de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 9, según el cual la protección del Seguro no alcanzará a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes o mediante la comisión de actos dolosos.»

Esta doctrina sobre el Seguro Obligatorio de Viajeros es correcta; la pena es que no explique la relación de éste con la responsabilidad objetiva del artículo 148 TR LGDCU.

Retomando ahora el supuesto de D. Rubén y D.^a Pilar, parece claro que no era un caso a resolver con el artículo 148 TR LGDCU; no es posible justificar que los daños causados por el funcionamiento normal de unas escaleras estén cubiertos por el fin de protección de una norma que impone la responsabilidad objetiva por los servicios de transporte. Sí pudo resolverse objetivamente, desde una perspectiva contractual, utilizando las obligaciones de protección del prestador del servicio. Pero la sentencia hizo responder a Renfe por el incumplimiento de un deber de diligencia que habría surgido respecto de los viajeros accidentados en el contexto de un servicio que se presta en masa a millones de viajeros a diario¹⁸⁶. Además de la dificultad para apreciar la diligencia *ad casum* y la conveniencia de evitar que se eleven con carácter ilimitado los deberes de diligencia, parece que hay buenos motivos para intentar encontrar una solución contractual. Precisamente en supuestos en los que entrar a valorar el comportamiento de las partes (qué debió hacer Renfe o el matrimonio accidentado) puede no resultar significativo (muchas veces habrán concurrido pequeñas negligencias por ambas partes, otras veces habrá problemas de prueba, etc.), parece más sensato acudir al deber contractual de protección de la asegurada. Esto no excluye la posible responsabilidad por culpa de Renfe, pero si ésta no es ya necesaria para que responda, se puede esperar que los argumentos en torno a los estándares de diligencia exigibles sean más ponderados y se evite así una inadecuada deformación de su contenido.

2.4 Animales

En el caso de los animales, se trata de determinar cuál es el riesgo específico que ha debido realizarse en los daños cuyo resarcimiento se pretende. Ese riesgo se relaciona con que el animal, como ser vivo irracional, puede escapar al control del hombre –bien espontáneamente, bien por el comportamiento de una persona (quien se sirve de él o un tercero), bien por causa distinta (otro animal lo provoca, un pitido lo irrita, un ruido lo asusta, etc.)– y causar daños atribuibles a esa irracionalidad o ferocidad; pero también puede causar daños que no tengan que ver con ese aspecto: un perro se recuesta so-

¹⁸⁶ Perspectiva que no está libre de problemas, como: ¿qué ocurriría si el mismo supuesto lo protagoniza una persona sin limitaciones físicas que se demora por cualquier otro motivo en subir a la escalera: cabría en tal caso apreciar la culpa de RENFE, y de no ser así, apreciaríamos el criterio del riesgo general de la vida o la culpa exclusiva de la víctima? ¿Cuánta incapacidad física o qué limitaciones del viajero serían necesarias para entender elevado el nivel de diligencia exigible en cada caso?

bre una gafa y la rompe, contagia una enfermedad cuando se le acaricia, ladra para proteger la propiedad de su dueño y provoca la caída de un peatón asustado, etc¹⁸⁷.

P. del Olmo plantea el asunto de la responsabilidad por los daños causados por animales en sus justos términos: aquí, en lugar del criterio de imputación subjetiva –culpa del demandado en el artículo 1902 CC–, es el comportamiento o hecho del animal lo que define el ámbito de riesgo y sirve de criterio de imputación; el daño cuya indemnización se reclama ha de estar causalmente unido no al comportamiento culposo del demandado, *sino a ese ámbito de riesgo que funciona como criterio objetivo de imputación*. En coherencia con este fundamento de la responsabilidad, «no se responde cuando el daño no deriva del riesgo inherente a la tenencia o utilización del animal, sino de una causa ajena»¹⁸⁸. El fin de protección de la norma alcanza al animal que se escapa o extravía; y también al animal que se comporta de un modo extraño o no previsible por causa desconocida. Por el contrario, se equipara a fuerza mayor (un modo de decir que escapa del fin de protección de la norma) el comportamiento de un tercero no imputable al demandado (que el Proyecto de 1851 mencionaba expresamente). En realidad, no se trata de un auténtico supuesto de fuerza mayor que exonere de responsabilidad; lo que hace la actuación dolosa del tercero es que resulte impropia la atribución del daño al poseedor del animal.

Como es lógico, la jurisprudencia española ha tenido que enfrentarse a la tarea de delimitar el ámbito de protección de la norma, aunque no haya utilizado esta expresión y lo haya hecho desde una perspectiva casuística y poco armonizada. Algunas circunstancias, como que el animal se haya escapado o extraviado, las incorpora expresamente el artículo 1905 CC al fin de protección, en parte por lo usual de la situación, en parte por tratarse de eventos típicos o inherentes (internos) a la tenencia de los animales¹⁸⁹.

A. Ramos Maestre se plantea si, para que nazca la responsabilidad del poseedor o del usuario del animal, será suficiente con «el simple hecho de que el animal haya jugado algún papel en el acaecimiento del daño o si es necesario que pueda constatarse que el animal ha actuado, ha tenido un comporta-

¹⁸⁷ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 203: el peligro específico consiste en que el animal, como ser vivo, escapa al control del hombre por la posibilidad de comportarse de un modo imprevisto, como cuando el ganado que corre o se espanta causa daños corporales o materiales, el perro que muerde o embiste, también cuando la reacción del animal hubiese sido provocada por una causa exterior (el ruido de un motor, el silbato de un árbitro de fútbol, el ataque de otro animal), etc.

¹⁸⁸ DEL OLMO, P., «Comentario al artículo 1905», cit., pág. 1482.

¹⁸⁹ RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid: Dykinson, 2003, pág. 131.

miento activo (coces, mordeduras, etc.)»¹⁹⁰; y responde que se responderá objetivamente «siempre que el contagio de agentes patógenos se produzca al seguir el animal alguno de sus peculiares instintos que comportan una manifestación del comportamiento animal»; en otro caso se responde por culpa, según se cumplan «las disposiciones normativas que le imponen la observación de ciertas obligaciones relativas a la sanidad del animal»¹⁹¹. De este modo, el poseedor de un animal responde de los daños que cause con su «comportamiento animal», por ejemplo, cuando destruya unos cultivos ajenos, pero no por los ruidos que emita en la vecindad. Al llegar a este punto, la autora señala que «no se comprende muy bien por qué los daños consistentes en destrucción de cultivos en una finca por parte de un animal han de ser enjuiciados en el ámbito de la responsabilidad prevista en el artículo 1905 CC, mientras que los perjuicios derivados del ruido procedente de un animal deben ser analizados en el marco de las relaciones de vecindad»¹⁹². Sin embargo, desde la perspectiva que estamos intentando introducir en este estudio la diferencia es notoria y está justificada: el primero es un riesgo típico ligado al riesgo de poseer un animal; el segundo es un riesgo que podría tener como protagonista a un animal o a otra fuente de ruido de intensidad equiparable. Solo el primero se encuentra dentro del fin de protección del artículo 1905 CC.

Y esta sería también la razón por la que deberían quedar excluidos los supuestos de contagio por consumo del animal¹⁹³ o los supuestos en los que el animal actúa como cosa inerte (se usa como arma arrojada, como obstáculo inmóvil, es el peso del animal el que causa el daño, etc.); e incluidos aquellos otros en los que el animal responde a los estímulos externos de la vida ordinaria (un animal anestesiado lesiona al veterinario, un animal herido o moribundo muerde a la persona que intenta auxiliarlo –aunque habría que considerar la medida en que los protagonistas asumen un riesgo–, un animal irrumpe en la trayectoria de un vehículo provocando un accidente, etc.).

Además, para delimitar el fin de protección de la norma se ha de atender a la posición que guarda la víctima respecto del animal: no es lo mismo que un caballo cause un daño a un peatón que dañe al jinete que lo monta o al encargado que le da de comer. Así, el jinete que alquila el caballo asume el riesgo de que éste le tire, salvo que se le haya ocultado el verdadero carácter del ani-

¹⁹⁰ RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad...* cit., pág. 179. Han planteado dudas los casos de transmisión de enfermedades, los daños causados por los excrementos del animal o los daños causados por reacciones violentas en torno al apareamiento.

¹⁹¹ RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad...* cit., pág. 186.

¹⁹² RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad...*, cit., pág. 217.

¹⁹³ RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad...*, cit., pág. 188, con cita de doctrina argentina.

mal, se trate de un aprendiz al que se le ha asegurado –en la relación contractual de aprendizaje– que no ocurrirá nada, etc.; no podrá alegar la responsabilidad objetiva, ni eludir la concurrencia de criterios de imputación objetiva: el contrato de alquiler del caballo, que en caso de existir constituye la norma de protección y el criterio de distribución del riesgo, o la asunción de riesgo. Que el caballo tire a quien voluntariamente se ha expuesto a ese riesgo no es realización del peligro típico previsto por la norma de responsabilidad objetiva; si alguien (el que alquila el caballo, el instructor, el amigo que «presta» gratuitamente su caballo, etc.) ha asumido alguna responsabilidad (contractual o no: alquiler, comodato, mera tolerancia) respecto de ese jinete, responderá según las reglas generales de responsabilidad, contractual o extracontractual.

Parece claro que, en el caso del jinete, el veterinario o el cuidador del animal, su pretensión indemnizatoria debería reducirse si se aprecia en su comportamiento culpa concurrente o colaboración causal en la producción del daño. En Alemania la cuestión se ha llevado más lejos y se plantea si en esos casos la pretensión debería rechazarse por estar el lesionado fuera del círculo de personas a las que el codificador tuvo en cuenta al diseñar la norma de responsabilidad agravada del § 833 BGB. La jurisprudencia alemana ha concedido indemnizaciones al jinete contra el propietario, incluso en supuestos de préstamo de favor, lo que contradice –como ponen de relieve Kötz/Wagner– no sólo la previsión legislativa prevista para vehículos a motor (el conductor accidentado no puede exigir responsabilidad al dueño del coche; entre nosotros esto es también así: artículo 5.1 LRCSVM), sino también los principios normativos de la responsabilidad objetiva: el que se empeña en sacar de paseo al perro del vecino y recibe un mordisco no debería poder ampararse en el § 833; y por lo mismo, las pretensiones de los jinetes deberían denegarse. Ni siquiera en Francia la responsabilidad por hecho de las cosas protege al mismo guardián. Es plausible que detrás de la estimación de aquellas demandas se encontrara la existencia de un seguro obligatorio para los daños causados por el caballo¹⁹⁴.

Para A. Ramos Maestre, los supuestos de caídas de jinetes «no deberían ser encauzados por la vía del artículo 1905 CC, pues no estamos ante un supuesto de daño ocasionado a un tercero por el animal, sino simplemente ante un alquiler de un caballo para la práctica de la equitación»¹⁹⁵, haciéndose eco

¹⁹⁴ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 203.

¹⁹⁵ RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad...*, cit., pág. 147. La autora matiza, con DÍEZ BALLESTEROS, que la aceptación del riesgo por el jinete no se extiende a los daños anormales originados por un comportamiento negligente del responsable del daño, sino sólo a los normales o intrínsecos en el desarrollo de la equitación.

de una doctrina contenida en las SSTs de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/8070) y 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7248) que, ante el mismo supuesto –el alumno de una clase de equitación se cae del caballo y sufre ciertos daños–, establecen que:

«estamos pura y simplemente ante un alquiler de un caballo para la práctica de la equitación, y no ante un supuesto de daño ocasionado a un tercero por un animal sin que medie relación jurídica alguna entre aquel y el propietario o quien se sirve del mismo. No se sirve de él, en el sentido del artículo 1905, quien lo arrienda sino que lo hace objeto de un negocio jurídico. La responsabilidad por riesgo que establece el artículo 1905 no beneficia al jinete que lo alquila, pues el animal deja de estar bajo la custodia o cuidado del arrendador, sometido entonces a su posesión real y efectiva, es, en suma, el poseedor que se sirve de él»¹⁹⁶.

2.5 Recapitulación

Los ejemplos que se han ido proponiendo de navegación aérea, transportes o animales ponen de relieve, por una parte, la importancia del criterio del «fin de protección de la norma» como auténtico «filtro» de la responsabilidad y, por otra, que entre nosotros éste no forma parte aún de la cultura jurídica de la responsabilidad objetiva. También ha permitido observar que el «fin de protección» se sirve de otros criterios de imputación objetiva –riesgo asumido al participar en cierta actividad, riesgo general de la vida, riesgo atribuible a un tercero (prohibición de regreso)– y de las causas de exoneración –fuerza mayor y culpa de la víctima– para determinar sus fronteras. Los ejemplos de accidentes de navegación aérea han servido para desconfiar del cumplimiento de los reglamentos como criterio para decidir si nos hallamos dentro del fin de protección de la norma, y para excluir el criterio de la adecuación en el contexto de una responsabilidad cuyo fundamento no depende del juicio que merezca el comportamiento del demandado. También han puesto de relieve la conveniencia de preguntarse por las esferas de riesgo asumidas por los implicados: la empresa aeronáutica se arriesga a que su nave cause daños al sobrevolar una explotación pecuaria, pero ésta corre con los riesgos propios del hacinamiento de los animales; también asume riesgos propios la piscifactoría

¹⁹⁶ En esa línea, la SAP Teruel de 28 de junio de 2000 entiende que «la caída supone una materialización del riesgo inherente al ejercicio de la equitación, que debe ser asumido por el jinete cuando realiza la misma. Se reconoce como circunstancia que habría trasladado la responsabilidad al arrendador el hecho de que se hubiera justificado que el caballo presentaba alguna dificultad especial para su monta, o que la montura y demás elementos para el control del caballo tuviesen anomalía alguna».

que se decide a criar truchas Arco Iris en el Tajo, aunque en el caso comentado no fueran causa de la mortandad de las truchas.

Los casos de transportes permiten seguir distinguiendo: una norma de responsabilidad objetiva por servicios de transporte, como la del artículo 148 TR LGDCU, no debería encontrar dificultades para aplicarse a supuestos en los que el daño acontece dentro del medio de transporte en cuestión, salvo fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima. Sin embargo, hemos comprobado que los supuestos de caídas fortuitas causadas por el movimiento del medio de transporte (autobús, metro, tren, etc.) son tratadas por la jurisprudencia como supuestos de responsabilidad por culpa (del conductor), a los que se añade la posibilidad de acudir al Seguro Obligatorio de Viajeros. Hubiese sido preferible que aplicaran el precepto objetivamente tanto a los daños causados a los terceros como a los viajeros (el precepto no distingue), aunque no deje de sorprender que se haya querido establecer una «segunda» responsabilidad objetiva que, lógicamente, escapa de la lógica contractual del Seguro Obligatorio de Viajeros. Las caídas accidentales en las estaciones no se encuentran dentro del fin de protección de aquella norma, aunque sí podrían contemplarse como eventos cubiertos por los deberes contractuales de protección del prestador del servicio.

Finalmente, los casos de animales hacen patente la conveniencia de enfocar esta materia desde la perspectiva del «fin de protección de la norma», como filtro que seleccione los daños para los que resulta apropiado que se responda sin culpa (*an respondetur*). Sin este punto de fuga, las sentencias y opiniones doctrinales se acumulan con un casuismo que apenas permite poner orden o sistematizar una materia ya suficientemente atomizada.

3. CAUSAS DE EXONERACIÓN

Como se ha puesto de relieve, el estudio de las causas de exoneración es fundamental para terminar de delimitar el ámbito de protección de la norma, aunque sea desde una perspectiva negativa: aunque el daño se haya producido dentro del fin de protección de la norma puede haber motivos para que el demandado no responda.

H. Koziol propone que en la responsabilidad objetiva pueden apreciarse diversos grados de «severidad», dependiendo sobre todo del nivel de rechazo de las causas de exoneración: a mayor riesgo al que se somete a los demás,

menor debe ser la probabilidad de quedar exonerado¹⁹⁷. Desde esta perspectiva se explicaría, por ejemplo, que algunas leyes (energía nuclear, navegación aérea) hagan responder también en supuestos que podrían considerarse de fuerza mayor, o que la responsabilidad *considerada objetiva* con más causas de exoneración sea la causada por productos defectuosos, en la que no es posible apreciar un «riesgo extraordinario». Ahora bien, al margen de algunos trazos gruesos –como estos–, la idea de que el nivel de riesgo se corresponde con el de mayor o menor aceptación de las causas de exoneración admitidas resulta vaga y equívoca. Como dice H. Kötz, es muy difícil medir y comparar el «peligro anormal» de dos fuentes de riesgo –el tráfico de vehículos a motor y la caza, por ejemplo–, como para poder deducir que, por su mayor o menor peligrosidad, han de reconocerse más o menos causas de exclusión de la responsabilidad¹⁹⁸.

Parece más interesante el punto de partida de Esser/Weyers, cuando afirman que la determinación de las causas de exoneración no se explica por sí misma, esto es, por motivos intrínsecos a la lógica de la responsabilidad objetiva; descansa en la decisión del legislador sobre *cuál debe ser en cada caso el fin de protección de la norma*. Por ejemplo, decidir que no se responda por un movimiento sísmico pero sí por un tiempo inusualmente malo merece una explicación que tendrá que ver con la actividad concreta que se esté regulando, las circunstancias geográficas de tiempo y lugar, etc., y aunque no haya rastro de estos detalles en el texto de la ley, deberían poder rastrearse en los trabajos parlamentarios. Distinguir entre eventos o causas interiores a la actividad peligrosa y exteriores a ésta, o previsibles e imprevisibles cuando se decidió explotarla, son criterios a tener en cuenta para considerar si estamos ante eventos calificables de fuerza mayor, pero en absoluto resultan definitivos para considerar que estemos ante causas de exoneración¹⁹⁹.

A M. R. Will le parece que la misma idea de fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad es innecesaria en sede de responsabilidad objetiva pues, en realidad, un evento se considera de fuerza mayor precisamente cuando no pertenece al «ámbito de riesgo de empresa» cubierto por la norma de responsabilidad; luego resultará ajeno al fin de protección de la norma²⁰⁰. Viene a decir que dentro del ámbito de protección de la norma no cabe apreciar «fuerza mayor», dada la naturaleza extrínseca de los eventos que me-

¹⁹⁷ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 232.

¹⁹⁸ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1803. En su propuesta *lege ferenda*, se muestra partidario, si se decidiera unificar, de reducir las causas de exoneración a los casos de fuerza mayor.

¹⁹⁹ ESSER, J. y WEYERS, H. L., *Schuldrecht*, II, 7.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1991, pág. 641.

²⁰⁰ WILL, M. R., *Quellen erhöhter Gefahr*, München: Beck, 1980, págs. 296 y ss.

recen calificarse como tales. Y aunque no le falte razón, se le puede objetar que es un argumento que parte de que se conoce *a priori* lo que cae dentro y fuera del fin de protección de la norma, cuando la dificultad estiba precisamente en que a menudo habrá que determinarlo, y para ello jugará un papel relevante el concepto de fuerza mayor. Lógicamente, el legislador puede determinar expresamente lo que queda dentro y fuera del ámbito de protección (el artículo 1905 menciona los animales escapados o extraviados; el Proyecto de Código civil español de 1851 consideraba caso de fuerza mayor la acción de un tercero que no fuera atribuible al poseedor del animal) y cuáles son las causas de exoneración oponibles, pero si no lo hace, o lo hace de manera genérica, resulta ineludible plantear su tratamiento en sede de responsabilidad objetiva.

H. Kötz explica –con mayor acierto– que el concepto de fuerza mayor juega un papel clarificador para perfilar correctamente el fin de protección de la norma, pues parece razonable partir de que aquello que se considere «fuerza mayor» se encontrará fuera del fin de protección de la norma. Con todo, la complejidad no termina aquí, pues algo que es fuerza mayor en el contexto de una ley puede no serlo en otra, y además cada ley puede amparar casos típicos de fuerza mayor dentro de su ámbito de protección (por ejemplo, las catástrofes climatológicas en el ámbito de la navegación aérea)²⁰¹.

3.1 Fuerza mayor

Ciertamente, la causa de exoneración más significativa es la fuerza mayor. Hoy es un lugar común aceptar que la expresión «fuerza mayor» hace referencia a un evento o hecho que es ajeno a la actividad que genera el riesgo al que se liga la responsabilidad objetiva y, además, que no es previsible ni evitable utilizando la diligencia exigible *ad casum*. Las notas que caracterizan el suceso que denominamos fuerza mayor serían, por tanto, la imprevisibilidad, la inevitabilidad y su caracterización como evento externo o ajeno al ámbito en que acontece; y los hechos o acontecimientos que se aceptan como tales podrían agruparse en torno a dos focos: los fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario y los hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto. Como punto de partida, cuando una ley utiliza la expresión genérica de «fuerza mayor», sin mayor concreción, habrá que partir de que se refiere a los eventos en los que concurre la triple nota mencionada, aunque esto no evite una labor ju-

²⁰¹ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1807.

risprudencial complementaria que determine qué supuestos concretos se considerarán «fuerza mayor» en el contexto de cada norma.

Una peculiaridad de la responsabilidad objetiva es que los eventos externos, imprevisibles e inevitables no siempre constituyen causas de exoneración²⁰²; esto es, que hay supuestos de fuerza mayor dentro del fin de protección de la norma. Así, el artículo 120 LNAE afirma que la razón de indemnizar tendrá lugar «en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito», y los accidentes causados por fenómenos extraordinarios (e imprevisibles) de la naturaleza son los típicos accidentes fortuitos de los que la empresa aérea debe responder. En el artículo 6.3 de la Ley 12/2011, sobre responsabilidad civil por daños nucleares, «el explotador no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si este accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección». Teniendo en cuenta que su precedente inmediato (el artículo 45.III de la Ley 25/1964, de explotación de la energía nuclear) establecía que «no producirán responsabilidad para el explotador los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o *catástrofe natural de carácter excepcional*», no parece arriesgado deducir, en primer lugar, que esta última circunstancia ha dejado de ser exoneratoria y, en segundo, que los supuestos de «fuerza mayor» no mencionados –por ejemplo, el terrorismo– se sitúan dentro del fin de protección de la norma.

Otros ejemplos que pormenorizan lo que debe entenderse por «fuerza mayor» en sus respectivas órbitas serían:

La Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, que prevé una indemnización para el contratista al que se le hubiesen causado daños y perjuicios por causa de fuerza mayor, siempre que no pueda apreciarse actuación imprudente por su parte, y entendiéndose por «casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público» (art. 214: 2).

El TR de la Legislación de Accidentes de Trabajo –Decreto de 22 de junio de 1956–, que entiende «indemnizables los accidentes definidos en el artículo 1, a menos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca

²⁰² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 837: Se ha cuestionado que la fuerza mayor deba considerarse una causa de exoneración para actividades de alto riesgo de las que se responde objetivamente, por más que el accidente lo haya desencadenado un evento externo inevitable.

el accidente», y explica que «en ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos» (art. 6).

La LRCSCVM, en la que «no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos» (art. 1.1.I).

El RD 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, que en su artículo 1 enumera los casos en los que debe indemnizar el Consorcio de Compensación Seguros, precisamente por considerarse supuestos de fuerza mayor que descargan a la aseguradora del deber de cumplir, y entre los que se mencionan: «a) Fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario (inundación, terremoto, erupción volcánica, tempestad ciclónica atípica, caída de cuerpos siderales y aerolitos). b) Hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto popular (...). c) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempos de paz (...)». Lo relevante es que quedan excluidos del deber de indemnizar a cargo del CCS y, por tanto, cubiertos por el seguro, otros daños causados por eventos que también cabría calificar como de fuerza mayor, en el sentido de imprevisibles, inevitables y externos, como serían los conflictos armados o las actuaciones tumultuarias producidas en el curso de reuniones y manifestaciones autorizadas, salvo motín.

Por una parte, vemos que hay supuestos de fuerza mayor que no exoneran de responsabilidad; por otro, que no siempre puede entenderse lo mismo cuando las normas utilizan los mismos términos. Estas comprobaciones ponen de relieve hasta qué punto resulta descartable o muy remota la posibilidad de establecer *a priori* y para todos los supuestos de responsabilidad objetiva si la fuerza mayor debería considerarse causa de exoneración y qué eventos debería contener. Como es lógico, habrá que partir de lo que establezca cada norma, pero resulta ineludible el desarrollo jurisprudencial, con mayor motivo cuando las leyes se limiten a remitirse al concepto de «fuerza mayor» (arts. 106.2 CC; 139 LRJ-PAC; 33.5 Ley de Caza). Desde esta perspectiva, no debe sorprender que una misma circunstancia –por ejemplo, un movimiento sísmico de corrimiento de tierras– tenga la consideración de «fuerza mayor» en el contexto del transporte de ferrocarril, pero no para la conducción de gas, precisamente por tratarse del evento que con mayor frecuencia causa daños en esta sede²⁰³.

Ahora parecen más claras las palabras de Esser/Weyers con las que comenzaba el epígrafe. La cuestión sobre qué eventos de fuerza mayor deberían considerarse exoneratorios en el contexto de una norma de responsabilidad objetiva en absoluto responde a la naturaleza, estructura o funcionamiento de

²⁰³ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1807.

la responsabilidad objetiva, sino fundamentalmente a razones de política legislativa. Con todo, conviene hacer una reflexión sobre los principales supuestos de fuerza mayor («fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario» y «hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto»), y sobre otras figuras que resultan útiles para terminar de delimitar el concepto de fuerza mayor: «caso fortuito» y «acto de tercero».

3.1.1 *Fenómenos de la naturaleza de carácter extraordinario*

Aunque suele aceptarse que los fenómenos naturales de carácter extraordinario (tiempo atmosférico, movimientos sísmicos) constituyen uno de los supuestos típicos de fuerza mayor, también sabemos que en el contexto de algunas leyes de responsabilidad objetiva constituyen sucesos que no exoneran de responsabilidad. Así ocurre con el tiempo atmosférico y la navegación aérea. La atmósfera y su comportamiento forman parte del ámbito de desarrollo de la actividad en que se desarrolla esa modalidad de transporte²⁰⁴, luego ni siquiera podría considerarse como algo ajeno o externo a la navegación aérea. Además, si los fenómenos naturales de carácter extraordinario se consideraran «fuerza mayor» en este contexto, quedarían fuera del fin de protección de la norma algunos de los supuestos más habituales e importantes. En Alemania ocurre algo similar con los cables conductores de energía eléctrica, para los que también está prevista una responsabilidad de carácter objetivo; si la empresa se pudiera exonerar alegando que la caída de los postes que sujetan los cables conductores se debe a unas condiciones climáticas extraordinariamente adversas (por condiciones adversas ordinarias no se producen caídas si los postes están adecuadamente instalados), quedarían sin protección la mayor parte de los supuestos necesitados de ésta, lo que no parece justificable. También se ha cuestionado que los movimientos sísmicos que provocan fugas en los tubos conductores de gas o de derivados del petróleo deban considerarse fuerza mayor, a pesar de casar técnicamente con su concepto, y que sería más correcto considerarlos dentro del fin de protección de la norma, como ha llegado a pactarse en algún contrato (*Land Baden-Württemberg con Südpetrol*)²⁰⁵.

²⁰⁴ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1806.

²⁰⁵ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1806.

3.1.2 *Hechos derivados de terrorismo, motín o tumulto*

Los actos de terrorismo resultan más polémicos²⁰⁶. Dice H. Koziol que es razonable defender que esos hechos (guerra, terrorismo) no siempre deban «desplazar» por completo el papel que juega el riesgo extraordinario en la causación de los daños. Con ello quiere poner de relieve que los daños, aunque sean imputables a terceros que actúan dolosamente, alcanzan cierta dimensión debido a la fuente de peligro que se ha visto involucrada, por lo que cabría cuestionar que sean exclusivamente las víctimas (del terrorismo y de la fuente de riesgo) las que tengan que asumir los daños sufridos en toda su dimensión²⁰⁷. Si se trata de atribuir ciertos riesgos accidentales y el «accidente» consiste en un «acto de terrorismo», ¿debería éste exonerar siempre y por completo al responsable de la fuente de peligro? Si el resultado dañoso hubiera sido otro de no haber estado allí la fuente de peligro, ¿no debería el titular de ésta responder al menos en la medida en que el daño se haya «agravado» por esa causa?

En la STS de 29 de julio de 2010 (RJ 2010/6946), el incendio de un pinar provocó la descarga eléctrica de la línea de alta tensión –propiedad de ENDESA– que lo sobrevolaba, y esta descarga produjo importantes daños materiales. Los recurrentes en casación alegaban, entre otras cosas, que ENDESA debía responder de esos daños por la existencia de «un sistema de objetivación (de la responsabilidad) que presume la culpa y aplica la inversión de la carga de la prueba y la doctrina del riesgo, que permiten tener por probada la relación de causalidad y la imputación objetiva de los daños una vez probada la infracción» (se había probado que no se cumplía la altura mínima que debía tener la línea de alta tensión respecto de los árboles). Es una pena que la demanda solicitara la indemnización de todos los daños y no la de los daños correspondientes a la agravación, esto es, los daños causados por la descarga de la línea eléctrica y no imputables al incendio inicial, circunstancia que sirvió al TS para no entrar a conocer de la agravación: «la demanda no se sustentó como se pretende en casación *en el agravamiento de las consecuencias del incendio*, sino en que el origen del incendio es imputable a la conducta de Endesa en cuanto infringió la normativa que regula la distancia entre la línea de alta tensión y los árboles sobre los que discurre el tendido, la prueba practicada sobre tal extremo ha sido valorada por la Sala, que llega a la conclusión de que (...) no se puede considerar a la línea eléctrica de alta tensión de 132 V Villanueva-Los Leones como causante del incendio, considerando que la línea se descargó a tierra a través de la valla metálica y a través de una atmósfera altamente conductora, propiciada por los humos y vapores generados por un fuego preexistente en el descampado (...). En definitiva, no puede

²⁰⁶ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 204 y ss.

²⁰⁷ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 235.

imputarse la causación del incendio a Endesa, ni reprochársele culpabilísticamente el posterior cortocircuito».

La STS de 17 de marzo de 2004 (RJ 2004/1926) trata de un oleoducto que había sido objeto de un atentado terrorista, y hace responsable a la empresa propietaria del oleoducto por los daños que el vertido del producto petrolífero causó al infiltrarse en el subsuelo y contaminar un acuífero cercano. El interés de la sentencia hubiese sido mayor si existiese una norma que establezca la responsabilidad objetiva del explotador del oleoducto, pues hubiese tenido que aclarar si el atentado era o no causa de exoneración; sin embargo, condena a la empresa propietaria del oleoducto por culpa: por no haber evitado las filtraciones posteriores al atentado (infracción del deber de mitigar el daño).

Si unos terroristas secuestran un avión y se muestran dispuestos a estrellarlo, el hecho de «estar volando» no incrementa el riesgo específico que amenaza a las víctimas –la muerte–, aunque sin duda reduzca significativamente las posibilidades de rescate y multiplique la notoriedad de la acción. El acto terrorista hubiera podido llevarse a cabo en otro contexto y con idéntico resultado dañoso; y si la fuente de riesgo (transporte aéreo) no agrava el daño, resulta razonable aceptar que el acto terrorista exonere de la responsabilidad a la compañía aérea.

Sin embargo, cuando los terroristas ponen unos explosivos junto a una central nuclear, el daño será muy superior al que se hubiese causado de no estar precisamente ahí la fuente de peligro; en ese caso ¿por qué excluir a las víctimas la posibilidad de reclamar a la central nuclear la indemnización del daño agravado o *daño nuclear* que hayan sufrido? La Ley 12/2011, de responsabilidad civil por daño nuclear, establece que «el explotador no es responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear si este accidente se debe directamente a actos de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección» (art. 6.3). No menciona, por tanto, el terrorismo, el tumulto o motín; y tratándose de un supuesto que tampoco en Alemania o Austria tiene la consideración de causa de exoneración²⁰⁸, no parece arriesgado defender que los actos de terrorismo no eximen de responsabilidad «nuclear» en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como hemos visto, el terrorismo sí es causa de exoneración en el artículo 1.b) de la Ley de 2004 sobre seguros por riesgos extraordinarios, luego no parece justificado hacer una interpretación extensiva de aquella norma. Cada ley ha encontrado el equilibrio de fuerzas en un punto diferente. Tampoco hay que ol-

²⁰⁸ La legislación alemana excluye la fuerza mayor como causa de exoneración en el ámbito de los daños causados por aeronaves en la superficie y de los daños nucleares (§ 25 (3) AtG alemana); y en Austria se ha abolido la exoneración de responsabilidad del explotador de instalaciones nucleares cuando el accidente se debe a guerras o desastres naturales (AtomHG 1999).

vidar que un Estado puede prever otras medidas de cobertura social para las víctimas del terrorismo, como ocurre en Derecho español²⁰⁹.

La STS de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7443) consideró, en un caso en el que quedó acreditada una grave alteración del orden público a cargo de una mul-

²⁰⁹ Ante determinados fenómenos violentos (terrorismo, violencia doméstica, etc.), accidentes o catástrofes, el Parlamento ha dictado leyes *ad hoc* que establecen ayudas pecuniarias en forma de prestaciones asistenciales a las víctimas, a cargo de los presupuestos públicos. Estas prestaciones no constituyen el pago de una deuda de responsabilidad civil, sino la ayuda asistencial que el Estado asume al dictar esas normas. Lógicamente, no descarga a los terceros responsables de la catástrofe (si se han identificado y han sido demandados) de su deuda indemnizatoria. Sin embargo, en algunos casos sí se ha hecho depender la percepción de la ayuda de que el beneficiario renuncie a reclamar contra la Administración por el mismo motivo por el que se le ayuda (art. 4 del RD-L 9/1993).

En la STS de 3 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 10132), «caso Yakovlev-42», la empresa responsable pretendía disminuir su deuda en la parte en que las víctimas ya hubiesen recibido una cantidad del Estado, en cumplimiento de un Real Decreto emanado *ad hoc* para atenderlas: «como señala el Tribunal de apelación, el régimen jurídico de la indemnización establecida por el repetido Real Decreto-Ley 8/2004 priva de todo fundamento al argumento de la recurrente. Por un lado, no guarda relación directa con la imprudencia de los pilotos del avión accidentado –por más que en el preámbulo del texto se destaque como especialmente doloroso «el accidente del Yakovlev-42 en el que murieron sesenta y dos militares españoles, sin que tal siniestro estuviese cubierto por un seguro que, lamentablemente, se contrató pero que no era efectivo»–, sino con la circunstancia de que «la presencia internacional de España ha crecido sensiblemente en las últimas décadas», lo que se «ha traducido en un notable incremento de la presencia de españoles que prestan sus servicios fuera del territorio nacional, en especial en operaciones de paz y seguridad internacionales, asistencia humanitaria o en otras misiones oficiales de representación o de servicio exterior del Estado que se ven expuestos a situaciones de peligro» y en que «los miembros de las Fuerzas Armadas, que forman parte de los Cuarteles Generales y de los contingentes militares desplazados fuera del territorio nacional, acuden en cumplimiento de un deber, como parte integrante de la fuerza multinacional, al servicio de la paz y de la seguridad, y contribuyen con su esfuerzo a la libertad, la justicia y el progreso de los pueblos», así como en la consecuencia de que «la generosa aportación a la paz de todos los participantes en este tipo de misiones ha tenido un luctuoso resultado en pérdida de vidas humanas, que se traduce, actualmente, en más de un centenar de fallecidos», por lo que se consideró necesario «regular con urgencia las indemnizaciones que deben corresponder en estos casos». (...) De ahí que en modo alguno pueda considerarse, y así lo pone de relieve el Tribunal de apelación, que el reconocimiento del derecho a la indemnización implique el de su responsabilidad por el Estado a causa de la deficiente ejecución de la prestación de transporte por las empresas obligadas a realizarlo con seguridad, artículo 1, párrafo 2: «Las indemnizaciones [...] en ningún caso implicarán asunción de responsabilidad alguna por el Estado»».

El Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, sobre «ayudas públicas» para los enfermos contagiados de VIH en centros del sistema sanitario público siempre que el contagio se hubiese producido antes del establecimiento de las pruebas de detección de dicho virus con carácter obligatorio, hace beneficiarios a los enfermos o a sus familiares y consisten en una cantidad a tanto alzado y en pagos mensuales fijados tomando como módulo el salario mínimo interprofesional, actualizado periódicamente en las disposiciones adicionales de las sucesivas LPGE.

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, dispuso (art. 50) que las personas afectadas por hemofilia por contagio que desarrollasen la enfermedad de la «Hepatitis C» como consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público tienen derecho a una ayuda social (que fue especificada en normas posteriores).

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por el RD 738/1997, de 23 de mayo, prevé ayudas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves a la salud física o mental y de las víctimas de delitos contra la libertad sexual.

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, para los afectados por delitos de terrorismo, en orden al resarcimiento de los daños corporales –físicos y psíquicos– de las víctimas.

titud, con presencia de la Guardia Civil que, sin embargo, no impidió la producción de algunos daños, como el derribo de algunos postes para el suministro eléctrico, que «objetivamente la asonada, motín, rebeldía y actuación violenta por vía de los hechos ya expuestos suponen un caso típico, paradigmático, de fuerza mayor que impide el cumplimiento contractual de suministro energético», por lo que exoneró de responsabilidad *contractual* a Iberdrola frente a un cliente que, a consecuencia de la falta de suministro eléctrico, probaba cuantiosas pérdidas.

3.1.3 *Caso fortuito*

Para terminar de perfilar el concepto de fuerza mayor conviene hacer referencia a otras figuras cercanas. El caso fortuito es el evento imprevisible e inevitable, pero propio o interno al ámbito de actividad en el que acontece. Este evento, precisamente porque no es extraño en su contexto, no puede considerarse causa de exoneración: aunque no sea razonablemente previsible ni evitable, pertenece al ámbito de riesgo asumido por el causante del daño como propio de su actividad.

Como dice H. Kötz, el «caso fortuito» no debería considerarse causa de exoneración pues, si lo fuera, los conductores de vehículos dejarían de responder por «accidentes provocados por causas que no son ajenas al contexto del tráfico (aceite que no se ve, motorista que aparece de repente...)»²¹⁰. Si lo propio de la responsabilidad objetiva es la asignación de determinados riesgos generados por cierta actividad, este rasgo esencial quedaría fácilmente vulnerado si fuera posible exonerarse alegando riesgos propios de dicha actividad o argumentando que el accidente no hubiese podido evitarse aunque se hubiese puesto toda la diligencia posible. Si el caso fortuito se caracteriza precisamente por ser interno o propio de la actividad de la que se debe responder, parece claro que, por definición, acontece dentro del fin de protección de la norma.

Sin embargo, en Alemania y Austria se admite un caso singular de caso fortuito (*unabwendbares Ereignis* o suceso inevitable) que exonera de responsabilidad y que consiste en la posibilidad de probar que el daño no se hubiera evitado ni con la diligencia más exigente por parte del demandado²¹¹. Hay que reconocer que se trata de una decisión de política jurídica que se apoya sobre un argumento que es propio de la responsabilidad por culpa²¹². Si una de las ideas clave en la fundamentación de la responsabilidad objetiva es que el com-

²¹⁰ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1805.

²¹¹ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 235.

²¹² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 837. Los autores mencionan que la jurisprudencia suele exigir un deber de cuidado elevado que rara vez se cumple (KÖTZ/WANGER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 394).

portamiento diligente podría no ser suficiente para evitar la producción del daño (inoperancia del test de negligencia), ¿por qué debería luego convertirse esta misma circunstancia en una causa de exoneración? ¿no concurren otros motivos de peso para asignar ese daño accidental? Sea como fuere, no hay rastro de una idea así en el Derecho español²¹³ y, como se ha visto, todos los preceptos que enumeran las causas de fuerza mayor recogen circunstancias ajenas al ámbito de riesgo del que se responde objetivamente.

3.1.4 *Acto de un tercero*

El Proyecto de Código civil español de 1851 entendía que la acción de un tercero exonera de responsabilidad al poseedor del animal, como caso de fuerza mayor, cuando la acción de aquél no fuera atribuible a éste. Esta previsión no llegó al Código civil; parece que el codificador español de 1888/1889 vio preferible acudir a las reglas generales sobre causalidad e imputación.

El tercero que instiga al animal para que cause un daño no protagoniza un supuesto de «fuerza mayor» en el juicio de responsabilidad del poseedor del animal; se trata más bien de un criterio de imputación objetiva –prohibición de regreso²¹⁴– que desacredita que los daños deban atribuirse al poseedor, precisamente porque son atribuibles al tercero. Es lo que ocurre cuando se sabe que fue un tercero quien incitó o desató al animal. Ahora bien, si no se llega a probar la acción de un tercero –no basta la mera hipótesis de que pudo soltarlo alguien–, o no se logra saber lo que ocurrió, suele condenarse a indemnizar al poseedor; hay que tener en cuenta que tanto el supuesto de escape como el de pérdida se encuentran contemplados por la norma y dentro de su ámbito de protección.

Cuando la acción del tercero es relevante, el supuesto se encuentra fuera del fin de protección del artículo 1905 CC. Lo mismo podría afirmarse para otros casos de responsabilidad objetiva:

En la STS de 25 de noviembre de 2011 se absuelve a REPSOL de la responsabilidad por los daños causados por una explosión de gas, aunque se tratara de la responsable de la instalación y del suministro de la energía, porque se probó

²¹³ En absoluto es equiparable a la idea consagrada por el artículo 1896, por el que no se responde de la pérdida de la cosa que hubiera ocurrido de igual manera en caso de haberse entregado ya a quien tuviere el derecho a poseerla.

²¹⁴ PANTALEÓN, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil: 1889-1989*, Asociación de Catedráticos y Profesores de Derecho civil, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1568 y ss.

que hubo una manipulación de las gomas instaladas para la conducción del gas, y que fue ésta la causa del escape que llevó a la explosión, luego solo al manipulador podía imputarse el resultado lesivo final. Esa conducta sobre las gomas rompe la relación causal existente entre la prestación del servicio de REPSOL y el daño acontecido.

Hasta aquí no se ha hecho sino aplicar las reglas generales. Como dicen M. Martín-Casals y J. Ribot, «la exención [por acto de un tercero] ocurrirá en los casos en que la actuación [de éste] rompa el nexo causal entre el daño causado a la víctima y la conducta de quien deba responder objetivamente». Sin embargo, cuando el daño causado sea objetivamente imputable a ambos, entonces la regla será que «ambos responderán solidariamente frente a la víctima, sin perjuicio del derecho de repetición en vía interna, en la que el daño se repartirá en función del respectivo aporte causal»²¹⁵. Ahora bien, no todos los supuestos en los que intervienen varios sujetos a los que imputar el daño son iguales o equiparables y resulta necesario distinguir.

Excepcionalmente, la acción de un tercero, aunque solo a ella sea atribuible el daño, podría no exonerar al responsable (objetivo) de la fuente de riesgo involucrada. Así, de los daños nucleares originados por sustancias nucleares que hayan sido abandonadas, extraviadas, *robadas o hurtadas* responderá también el explotador (junto a quien haya llevado a cabo esas acciones), sin perjuicio de su derecho a repetir (art. 8 Ley 12/2011)²¹⁶; y ello, *con independencia de que se pueda apreciar negligencia* en el comportamiento del responsable del material radioactivo. Por lo tanto, se hace responder objetivamente del acto de un tercero que no se encuentra ligado por vínculo alguno al responsable.

En otras ocasiones, la responsabilidad del titular de la fuente de riesgo – por ejemplo, el propietario de un vehículo– por el daño causado por un tercero –el conductor– puede ser subsidiaria, *con fundamento en una presunción de culpa*, cuando el tercero causante del daño no satisfaga la indemnización, y sin perjuicio de que el propietario que paga a la víctima pueda luego repetir de éste. Claro que para que el propietario tenga obligación de responder del daño causado por el conductor deberá existir entre ambos alguna relación que justifique esa «propagación» de la responsabilidad; el artículo 1.1 §§ 5 y 6, de la LRCSCVM dice que

²¹⁵ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 838.

²¹⁶ En la Ley 12/2011 sobre responsabilidad civil por daños nucleares, la responsabilidad (objetiva) del explotador «por los daños nucleares originados *por sustancias nucleares que hayan sido abandonadas, extraviadas, robadas o hurtadas* subsistirá, excepto en relación con los daños personales o materiales que sobrevengan a las personas que hubieran participado en los hechos y sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponder al explotador sobre estas últimas conforme a las disposiciones de la presente ley o de cualquier otra legislación que resulte aplicable» (art. 8).

«El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor *cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal*. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

El propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.»

Lo mismo ocurre con el tercero que utiliza la aeronave sin el consentimiento del transportista o propietario, *ex artículo 122 LNAE*:

«Si la persona que utiliza la aeronave lo hiciese sin el consentimiento del transportista o propietario, responderá aquélla ilimitadamente de los daños, y éste subsidiariamente, con los límites establecidos en este capítulo, si no demuestra que le fue imposible impedir el uso ilícito.»

A *contrario* podría deducirse que el propietario no responde del daño causado por el conductor con el que no le liga ninguna relación –por ejemplo, el ladrón–, siempre que no haya culpa propia de aquél por haber permitido o facilitado el robo o hurto. Y como esta regla es manifestación del criterio de imputación objetiva de prohibición de regreso, parece razonable proponer que su aplicación se generalice en otros ámbitos de responsabilidad objetiva, como pueden ser otros medios de transporte o el artículo 1910 CC, sobre objetos arrojados o caídos: si el ladrón arroja un objeto desde la ventana de la casa en la que está robando aprovechando las vacaciones de su propietario, éste no debería responder.

La cuestión es más difícil cuando la acción del tercero concurre en la causación del daño con la de quien resulta objetivamente responsable. Encontramos en el artículo 133 del TR LGDCU (Intervención de un tercero) que la responsabilidad por producto o servicio defectuoso «no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero», sin perjuicio de que el responsable pueda «reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño». Hay que tener en cuenta que el precepto no contempla el supuesto en el que la causa determinante del daño sea solo la acción del tercero, sino cuando lo sean ambos elementos: el defecto del producto y la acción del tercero. Como afirma C. Gómez Ligüerre, «cuando el daño haya sido causado por la intervención de un tercero, (...) solo al tercero le es imputable el daño causado y solo a él es exigible su reparación», siempre que se trate de un tercero del que no tenga que responder el productor, y *siempre que entre los deberes de cuidado del productor no estuviera precisamente la necesidad de prever una conducta*

como la del tercero y evitarla. En un caso así, «conforme a esa “prohibición de regreso” debe afirmarse, como principio general, la exoneración de la responsabilidad del productor». Por ello puede afirmarse que «el artículo 133 TRLCU impone al productor la responsabilidad, a pesar de la intervención del tercero, cuando el productor haya infringido deberes de precaución cuyo objeto era, precisamente, prevenir la intervención defectuosa del tercero»²¹⁷. No parece distinta la explicación que merece el artículo 8 de la Ley 12/2011 sobre daño nuclear: quien explota sustancias con tan alto grado de peligrosidad debe tomar las medidas con las que evitar que se produzcan las conductas previstas en el precepto: *robo, hurto; y desde luego, abandono, extravío*.

El artículo 133 TR LGDCU está pensado, por tanto, para cuando la acción del tercero concurre con el defecto del bien en la producción del daño, haciendo responsable al productor o al prestador del servicio por todo el daño, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el tercero. No parece aventurado pensar que un precepto así facilita que el juez haga responder al productor/prestador en casos en los que no esté clara la prueba del defecto (en relación con la acción dolosa o gravemente culposa del tercero) o de la relación de causalidad entre el defecto, la acción del tercero y el daño.

Cuando el producto resulta defectuoso únicamente por el defecto de una pieza que suministra un fabricante distinto del fabricante del producto final, parece claro que el consumidor podrá pedir responsabilidad a éste, que garantiza la seguridad del bien como un todo. Aquí no cabe invocar la prohibición de regreso. Para él todas las piezas están dentro de su «esfera de control». El fabricante no puede ampararse en la existencia de contratados independientes (fabricantes de alguna de las piezas) y responde de su bien como de un todo indivisible.

Sin embargo, este mismo razonamiento resulta dudoso si pretendemos aplicarlo a los servicios con carácter general: es claro que si una central nuclear sufre un escape por una reparación defectuosa realizada por una empresa independiente, aquélla no podrá escudarse en ésta para dejar de responder frente a terceros. Sin embargo, cuando se causa un daño por el uso de un producto defectuoso –una jeringuilla, un catéter, etc.– en el curso de una operación, el médico y el hospital (privado o público) podrán alegar que la causa del daño fue exclusivamente el defecto del producto, del que no tiene por qué responder el servicio sanitario que no haya incurrido en culpa propia (STS de 15 de noviembre de 2000, RJ 2000/8987). El productor de un bien se hace responsable de las piezas encargadas a otros e incorporadas a su producto frente a los adquirentes,

²¹⁷ GÓMEZ LIGÜERRE C., «Sujetos responsables», en SALVADOR CODERCH P. y GÓMEZ POMAR F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 323 a 325.

pero el médico o el hospital no lo hacen respecto de los utensilios que utilizan, lo que parece razonable, siempre que no se trate de defectos que puedan observarse conforme a la *lex artis*. Ahora bien, si me sirven un café en mal estado durante un viaje en avión o en tren, ¿puedo acudir contra la empresa de transporte aunque, como es lógico, ésta tenga externalizado el servicio de cafetería y sea perfectamente identificable el responsable de éste? ¿podría la empresa emplazarme para que demande al contratado independiente?

Como afirma M. Martín-Casals, «la solución mayoritaria en el contexto europeo excluye la responsabilidad del comitente por los daños causados por el contratista independiente, es decir, aquél que actúa sin estar sujeto al control directo del principal que se beneficia de su actividad», lo que no evita que se intenten diversos expedientes para hacer responder al comitente en algunos casos: «Cuestión distinta es que el comitente pueda acabar respondiendo con base en otros fundamentos, como por ejemplo los llamados «deberes indelegables» (*non-delegable duties*), que surgen cuando se considera que el comitente ha de soportar los riesgos que derivan de determinadas situaciones o actividades, sin que pueda exonerarse de ellos por el hecho de haber designado un contratista independiente o probado que éste ha sido seleccionado de modo diligente. O bien cuando se demuestra la negligencia del comitente en la selección de los contratistas independientes, o cuando se demuestra el incumplimiento de ciertos deberes residuales de vigilancia general que recaen sobre el comitente, que no tienen que ver con la relación de dependencia del artículo 1903 CC sino con la infracción de diligencia del artículo 1902 CC»²¹⁸.

Si en una peluquería se aplica un tinte defectuoso que provoca a un cliente una reacción alérgica que requiere un costoso tratamiento médico para ser eliminada, ¿podría éste demandar directamente a la peluquería? Parece preferible que se dirija directamente contra el fabricante del tinte, salvo que el mal estado de éste fuese apreciable a simple vista por el profesional (en cuyo caso, respondería por culpa propia). Ahora bien, si no puede probarse de dónde procede la reacción alérgica, salvo que fue adquirida en la peluquería, o si el tinte no era defectuoso pero provocó igualmente esa reacción alérgica, ¿respondería la peluquería, salvo que logre imputar el defecto a un producto concreto del que no tenga por qué responder? Por parte del demandante: ¿debería demostrar que el daño procede de un «defecto» en la prestación del servicio, o bastaría con probar que *la prestación del servicio ha resultado defectuosa en cuanto insegura* por haber causado daños personales? Por parte del demandado: ¿Responde por culpa presumida, o porque el servicio resultó defectuoso por inseguro?

²¹⁸ MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., págs. 73 y 74.

¿Bastaría para probar la diligencia que el tinte estuviera homologado y dentro de su período de vida útil, o habría que acudir a otros criterios de imputación objetiva para que no responda, como que el daño no resulta «adecuado» por descartable *a priori* por un observador con conocimientos profesionales, o que formaba parte del «riesgo general» del que acude a la peluquería?

3.2 Culpa de la víctima

¿Qué ocurre si, además del riesgo extraordinario que justifica la responsabilidad objetiva, se aprecia que el comportamiento de la víctima colabora en la causación del daño, especialmente cuando se trata de un comportamiento objetivamente negligente? ¿Se debería importar el discurso sobre la culpa concurrente de la víctima en sede de responsabilidad por culpa, o habría que reconocer alguna especialidad en el contexto de la responsabilidad objetiva? ¿Permiten las leyes especiales construir alguna peculiaridad en este asunto?

M. Martín-Casals y J. Ribot proponen que «la mayoría de ordenamientos admiten que la contribución de la víctima a la producción del daño pueda dar lugar tanto a la exoneración de responsabilidad como a la reducción de la obligación indemnizatoria del responsable». Pero habría que distinguir: una cosa es decidir si la conducta del demandante debe disminuir la responsabilidad del demandado, lo que supone en el fondo un juicio de atribución subjetiva de su propia responsabilidad: la víctima ha debido contribuir *culpable y causalmente* a la producción del daño para que éste se le pueda imputar, según la doctrina de la imagen en el espejo²¹⁹; y otra, una vez se haya decidido que responde, determinar la proporción de daño que quepa atribuir a cada uno (al demandado culpable y al demandante culpable), que no se hará depender del «grado de las culpas», sino del grado de contribución causal al daño final²²⁰.

El requisito «culpa de la víctima» suele «objetivizarse», en el sentido de que «la intensidad o alcance que ha de tener la conducta de la víctima para excluir la responsabilidad objetiva del demandado debe determinarse desde un punto de vista causal: causación intencional del accidente por parte de la víctima (suicida), comportamiento negligente al que se pueda atribuir totalmente la causación del daño (irrupir en la calzada sin visibilidad para el

²¹⁹ MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., págs. 87 y ss.

²²⁰ PANTALEÓN F. («Comentario del artículo 1902», cit., pág. 1997) habla de atender a la «contribución causal de las conductas concurrentes a la producción del evento dañoso». MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 838.

conductor)»²²¹. Esto ha hecho posible exonerar de responsabilidad alegando la culpa de la víctima en supuestos en los que ésta no era capaz de culpa civil. El legislador español ha mostrado escasa sensibilidad ante los daños que sufren las personas sin capacidad de culpa civil y ha establecido en el Anexo al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación –LRCSCVM–, Primero, 2, que «se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste». Esta previsión contrasta con lo que ocurre en otros ordenamientos, como el Código civil holandés, que no admite la reducción de la responsabilidad para daños causados a menores de catorce años (art. 6:101 BW), o la *Loi Badinter* francesa, que establece la misma limitación para menores de dieciséis años, mayores de setenta y afectados por una incapacidad permanente o invalidez igual o superior al 80%.

La idea de que el comportamiento negligente de la víctima debería disminuir o excluir la responsabilidad de quien emplea una fuente de riesgo extraordinario despierta un cierto recelo. *A priori*, no se puede descartar que un comportamiento culpable de la víctima y decisivo en la producción del daño llegue a excluir o disminuir la responsabilidad objetiva de quien controla la fuente de riesgo; pero tampoco debería descartarse que la responsabilidad objetiva no deba desaparecer o reducirse por que el comportamiento de la víctima haya sido negligente o contribuya de algún modo al daño producido²²².

Parece razonable partir de que, para enfocar adecuadamente el estudio de la culpa concurrente en el ámbito de la responsabilidad objetiva, no puede importarse sin más el discurso propio de la responsabilidad por culpa. La responsabilidad objetiva trata de la asignación del riesgo de causar ciertos daños, y no de valorar las conductas que los causan; más concretamente, atribuye los daños accidentales precisamente en ámbitos en los que la culpa tiene un papel limitado como factor de atribución de la responsabilidad (el comportamiento diligente no consigue evitar del todo el daño). Desde esta perspectiva –la culpa del causante del daño no es el factor de atribución de la responsabilidad– es difícil aceptar que la culpa de la víctima deba encontrarse en el mismo plano que el riesgo anormal, luego parece lógico que su papel como causa de exoneración merezca un tratamiento diferente en esta sede. Recordemos que, por hipótesis, en los supuestos de responsabilidad objetiva partimos –salvo en el supuesto de tráfico, y sólo desde cierto punto de vista– de la desigualdad en el

²²¹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 838.

²²² KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 206.

reparto de la fuente de riesgo²²³, y de que el peligro excede con mucho el que normalmente un sujeto puede generar por sí.

La STS de 11 de noviembre de 2011 (RJ 2011/1822) trata de los daños causados por un camión al ciclista al que cerró la trayectoria cuando éste se disponía a adelantarle por el espacio que quedaba entre el vehículo y la acera, provocando su caída y posterior atropello. El supuesto permite a la sentencia reflexionar sobre la concurrencia de la conducta de la víctima en la causación de un daño del que se ha de responder objetivamente, y hay que reconocer que no se permite muchos matices:

«Concurrencia de culpas. Alcance de la moderación de la indemnización por negligencia del perjudicado.

A) Como recuerda la STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4349), la existencia de una conducta negligente por parte del perjudicado da lugar a una moderación de la responsabilidad del conductor según el artículo 1.2 LRCSVM. Esta limitación se justifica en que, fundándose la responsabilidad del conductor por daños a las personas *en el riesgo objetivo creado por la circulación* (art. 1.1 LRCSVM), el legislador considera que *la negligencia del perjudicado constituye una circunstancia susceptible de ser apreciada objetivamente, la cual, según su grado de relevancia, determina que no sea imputable al conductor en todo o en parte el resultado dañoso producido* (STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 527)).

De esto se sigue que la moderación de la responsabilidad del conductor *se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance*. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo LRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas (en relación con el Anexo Primero, apartado 7, LRCSVM), sino también, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el artículo 1 LRCSVM y en el Anexo Primero, apartado 2, en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización.

En suma, *la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla.*»

El TS concluye que la conducta de la víctima que ayuda a causar el daño incide en el elemento «relación de causalidad», común a todo supuesto de responsabilidad por daños, por lo que se tiene en cuenta con independencia del fundamento por el que se responde. Sin duda, es un razonamiento práctico que

²²³ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1808.

ahorra tener que reconocer alguna especialidad en materia de responsabilidad objetiva, pero que ignora el hecho de que a la víctima también se debería imputar el daño²²⁴, y que el título de imputación es en este caso distinto para el que causa el daño.

La STS de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012/2039) parte de la misma doctrina para resolver un supuesto de culpa concurrente. El vehículo del demandado había alcanzado a los caballos montados por los actores:

«Dice la sentencia recurrida que el conductor del vehículo conducía de forma desatenta y a una velocidad inadecuada, como viene recogido en dicho atestado, y que los caballistas van por vía insuficientemente iluminada, cuando ya se había puesto el sol, sin señalización alguna que sirviera para advertir su presencia al resto de los usuarios. La circulación ofrece, sin duda, circunstancias complejas, especialmente en algunas carreteras, a partir de una presencia combinada de vehículos de distinta naturaleza, potencial y riesgo: ciclistas, motoristas, motociclistas, peatones y, como en este caso, personas montadas a caballo. Todos ellos crean un riesgo previsible de daño y aunque en la LRCSVM este riesgo se impute exclusivamente al conductor de vehículos a motor, ello no supone desconocer la conducta desarrollada por la víctima. *En un sistema de responsabilidad como el previsto en la LRCSVM, se debe limitar necesariamente la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima en razón a una ausencia, sino total, si parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, con evidente reflejo en cuanto al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, como hicieron las sentencias de ambas instancias, cuyas conclusiones se admiten.* La demandante, desde el momento en que se incorpora a la carretera, asume en parte y de forma consciente el riesgo creado por la conducción de un caballo. Este riesgo finalmente se materializó mediante su atropello, estando a su alcance evitarlo de haber circulado por el arcén, que lo había en el tramo en que el accidente ocurre, y con algún dispositivo de iluminación o reflectante, como también pudo evitarlo el conductor del turismo, de haber sido más cauteloso a la hora de descubrir la presencia de los jinetes dado que no era un factor sorpresivo, ya que era romería.»

Algunos ordenamientos exigen que la culpa de la víctima sea cualificada para limitar la responsabilidad del titular de la fuente de peligro²²⁵, esto es, que como causa de exoneración se limite a la culpa grave y al dolo²²⁶. Tampoco es

²²⁴ MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., pág. 88: «la culpa concurrente de la víctima está sujeta a presupuestos que son similares a los requeridos para establecer al responsabilidad del autor del daño» (cuando éste responde por culpa, claro está).

²²⁵ KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», cit., pág. 421.

²²⁶ Un ejemplo de derecho positivo es la *Loi Badinter* francesa (Ley n.º 85-677), que en el ámbito de los vehículos a motor y en relación con los daños corporales sólo contempla la exoneración total por culpa exclusiva, rechazando la posibilidad de reducción de la responsabilidad por culpa concurrente, lo que a la postre facilita que aquélla se admita muy raramente; además, no hay posibilidad de exoneración –aunque

difícil encontrar opiniones doctrinales a favor de que en la responsabilidad objetiva la culpa de la víctima solo se tenga en cuenta si es grave, al menos para daños personales. Se alegan motivos prácticos, como que en los casos de tráfico (muy abundantes) la tramitación judicial y extrajudicial se simplificaría y aceleraría, pero también, y sobre todo, algunas consideraciones de justicia, como que se trata de ámbitos en los que los «pequeños errores» pueden resultar especialmente habituales y no contradicen la lógica de haber impuesto una cobertura obligatoria para tales daños; el sistema cuenta con que se responde a pesar de la eventual culpa «simple» de la víctima²²⁷. Tampoco nuestra legislación es ajena a este planteamiento, si bien no se exprese con claridad.

En la Ley 12/2011, sobre responsabilidad civil por daños nucleares (art. 6.2), para poder exonerar total o parcialmente al explotador de la instalación por culpa de la víctima hace falta una «acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió». En la Ley de caza se habla de que la responsabilidad objetiva cesa cuando «el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado». Literalmente, no exige que la culpa sea grave, pero sí que sea la única causa del daño, lo que resulta comprensible si se trata de exonerar de responsabilidad. Algo similar se observa en la LRC-SCVM, que permite la exoneración del responsable «cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado» (art. 1.1 §2). Ahora bien, «si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad (...) atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes». Aquí se miden las conductas por el mismo rasero, lo que no debe extrañar si se considera que se están valorando dos conductas negligentes, no una actividad peligrosa de la que se responde objetivamente frente a una conducta de la que se responde por culpa; la moderación resulta más discutible cuando se trata de la responsabilidad objetiva por daños personales, pero hasta ahora la jurisprudencia no lo ha entendido así. Cuando la responsabilidad es objetiva, la culpa de la víctima solo debería tenerse en cuenta para reducir o excluir la responsabilidad cuando sea grave o «única», esto es, el motivo determinante del daño.

Para el artículo 145 TR LGDCU, «la responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste debe responder civilmen-

la culpa sea exclusiva— cuando la víctima pertenezca a ciertos grupos de personas merecedoras de especial protección.

²²⁷ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., págs. 1820 y ss.

te». Si el fundamento de la responsabilidad por producto defectuoso no se apoya en la valoración del comportamiento del responsable, tampoco parece que el comportamiento no del todo diligente de la víctima debería jugar un papel relevante, salvo que el daño sea imputable a su comportamiento, esto es, que se trate de culpa exclusiva. Gómez Ligüerre y Piñeiro Salguero parten de que «[e]n responsabilidad objetiva, sin embargo, se responde de todos los daños causados, con independencia de la diligencia propia y, en principio, de la negligencia ajena»²²⁸; lo que no impide que se muestren partidarios del precepto transcrito, pues sin él –explican– se desincentivaría excesivamente el actuar diligente de la víctima en el uso del producto en supuestos de causación bilateral de daños (esto es, supuestos en los que tanto el agente como la víctima se encuentran en situación de evitar el daño con su comportamiento). Sin embargo, para quienes no parten de que la responsabilidad por producto defectuoso sea objetiva, el artículo 145 TR LGDCU es coherente con un planteamiento propio de la responsabilidad por culpa y da pie a que la jurisprudencia haga uso de sus doctrinas sobre la concurrencia de culpas o de culpa exclusiva de la víctima. En todo caso, es significativo que los casos jurisprudenciales en los que se ha apreciado culpa exclusiva de la víctima sean, «en realidad, supuestos de prestación defectuosa de servicios o de manipulación incorrecta de un producto seguro»²²⁹.

Se entiende bien que el fabricante quede exonerado cuando se pruebe que fue el comportamiento de la víctima el que hizo que el producto (¿defectuoso?) causara daños: el defecto –si se consigue probar– no hubiese causado el daño por sí solo; lo definitivo fue el uso negligente que la víctima hizo del producto. Resulta más difícil probar que el daño se produjo *en parte* por el defecto *en parte* por el comportamiento de la víctima, aunque hay algunos supuestos en los que esto resulta típicamente posible: la revisión de la instalación de gas fue defectuosa, pero el comportamiento de la víctima al manipular la instalación también contribuyó a la producción del daño. En todo caso, parece lógico exigir que la culpa de la víctima sea relevante, esto es, determinante en la causación del daño y, al menos en este sentido, grave. Tendremos oportunidad de comprobarlo en las sentencias que analicemos sobre responsabilidad por productos defectuosos.

No siempre se distingue con claridad la frontera entre la causa de exoneración «culpa (exclusiva) de la víctima» y el criterio de imputación objetiva de

²²⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, C. y PIÑEIRO SALGUERO, J., «Sujetos responsables», en *Tratado...*, cit., pág. 357.

²²⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, C. y PIÑEIRO SALGUERO, J., «Sujetos responsables», en *Tratado...*, cit., pág. 394.

«asunción del riesgo» por parte de la víctima (festejos taurinos, accidentes de equitación)²³⁰, aunque las diferencias sean *a priori* notorias: en el primer caso se está dentro del fin de protección de la norma, aunque el daño es atribuible –total o parcialmente– a la conducta de la víctima; en el segundo se está fuera del fin de protección de la norma: el daño es realización de un riesgo asumido por el dañado; lo decisivo aquí es si la víctima asumió el riesgo *a priori*, no si contribuyó de hecho al daño con su comportamiento. En caso de apreciar alguna de estas circunstancias, el resultado final coincidirá –se desestima la demanda–, pero en el primer caso el demandado ha de probar que el comportamiento del demandante fue decisivo (total o parcialmente) en la causación del daño, y en el segundo que la víctima había asumido el riesgo de sufrir ese daño (mediante un contrato, tácitamente a través de un comportamiento concluyente, etc.): el que se introduce voluntariamente en un terreno cercado con advertencia de la presencia de animales asume el riesgo de que éstos le embistan (participantes en festejos taurinos); el que practica el golf se expone a que le alcance la pelota de otro jugador (participantes en deportes de riesgo, etc.); incluso cuando el toro «se escapa» de la novillada, si ha sido la víctima la que se puso temerariamente a su alcance, su comportamiento excluiría la responsabilidad de la organización del evento (STS de 15 de noviembre de 2002, RJ 2002/349), etc. Eventualmente, la víctima intentará demostrar que el daño no se debió –únicamente– a su conducta, sino a un defecto en la organización del evento, a un fallo en los elementos de protección, etc., pero tendrá que probarlos.

En la STS de 7 de junio de 2006 (RJ 2006/8204) el demandante fue embestido durante la celebración de una novillada en la que participaba voluntariamente y, aunque se había apreciado alguna irregularidad en la organización –cierto incumplimiento de la reglamentación taurina–, se concluyó que el daño se debió exclusivamente al comportamiento imprudente de la víctima. En la STS de 21 de mayo de 2008 (RJ 2008/4149), que trataba de un supuesto similar, se dice que el perjudicado «participó voluntariamente en un actividad claramente de riesgo, asumió éste y, por ende, sus consecuencias» (...); «se ha colocado a sí mismo en posición de sufrir el riesgo propio de la actividad en la que participaba». Los hechos probados dejaban deducir con facilidad la culpa exclusiva de la víctima y esto fue suficiente para exonerar a los organizadores, sin necesidad de hacerles probar que su comportamiento fue diligente.

También resulta interesante, sobre el riesgo asumido por la víctima, la STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001/8639), que enjuiciaba la muerte de un participante en una actividad organizada de «rafting» y que entendió que la

²³⁰ DEL OLMO P., «Comentario al artículo 1905», cit., págs. 1482 y ss.

empresa organizadora no respondía por falta de culpa. La sentencia afirma que «en el caso es cierto que existía una situación de riesgo, pero se trataba de una operación voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y *el accidente se produjo dentro del ámbito de riesgo asumido y aceptado*. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido».

En sentencias sobre muertes por impacto de pelotas de golf, como en las de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006/1882) o 5 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5896), aparece también la idea de asunción de riesgo por parte de los jugadores entre los *obiter dicta* de la sentencia, aunque la *ratio* gire en torno al comportamiento del causante del daño: no era apreciable un comportamiento negligente y, por tanto, no se le hacía responder.

En la STS de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/612), un joven de 19 años trepó por una torre eléctrica, desoyendo los gritos de quienes le acompañaban para que desistiese, tocó alguno de los conductores (situados a 16.35 m de la base) o se acercó a ellos a una distancia inferior a los 23 cm, de manera que cayó al vacío y sufrió lesiones extremadamente graves. Aunque en primera instancia se condenó a la empresa propietaria de la torre a indemnizar el 10% de los daños, por apreciarse que las medidas para evitar la ascensión podían haber sido mayores (dispositivo antiescalo), la AP apreció culpa exclusiva de la víctima y el TS ratificó que «la responsabilidad civil extracontractual de los demandados queda excluida porque concurre un supuesto de culpa exclusiva de la víctima. La apreciación de culpa exclusiva efectuada en la instancia es acertada por ajustarse plenamente a las circunstancias del caso, pues la conducta irreflexiva del joven ha sido la causa única, la determinante el exclusiva, del evento. Además hay que tener en cuenta que la situación de “culpa exclusiva” se produce no solamente cuando la culpa de la víctima es total o el único fundamento del resultado, sino también cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquélla». Y concluye: «Las omisiones atribuidas a las entidades demandadas, o son irrelevantes, o carecen de entidad respecto de la conducta desplegada por el accidentado, sin que en absoluto se comprendan en lo que debe preverse –riesgo potencial– en relación con el discurrir normal de los acontecimientos. No han preparado, condicionado, o determinado el acontecimiento producido».

No falta algún pronunciamiento jurisprudencial que hace responder a la organización de los festejos por lucrarse de un espectáculo que supone un ries-

go para los demás; así, la STS de 17 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7282) afirma que «en estos casos quien asume un riesgo no es el participante, sino el propio Ayuntamiento organizador del festejo, que es quien obtiene el beneficio o provecho y quien debe pechar con los riesgos y contingencias a que pudieran dar lugar»²³¹. Parece olvidar que el que se lucra con la actividad sería, en todo caso, la ganadería y no el Ayuntamiento; sin embargo, la sentencia afirma que «el riesgo creado por una actividad que el Ayuntamiento trata de fomentar para el mejor desarrollo o disfrute de las fiestas patronales (...) debe ser la fuente de imputación de responsabilidad por cualquier daño o menoscabo que se derive de todo el complejo de los festejos», afirmación en la que podrían encontrarse ecos de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas y por el normal funcionamiento de los servicios públicos. Hay que agradecer que se hayan abandonado soluciones como ésta.

En cuanto a la culpa concurrente, el comportamiento de la víctima contribuye a causar el daño que se encuentra amparado por la norma y del que responde quien controla la fuente de peligro; por ejemplo, el que conduce a mayor velocidad de la permitida facilita el accidente provocado por el animal que irrumpe en la calzada, y el juez moderará la indemnización en la medida en que considere que el comportamiento del conductor fue decisivo en la causación del daño. El descuido del pescador que se electrocuta por el contacto de su caña de carbono con unos cables de alta tensión podría no ser la causa exclusiva del daño si la altura de los cables no fuera la adecuada, como ocurría en la STS de 15 de febrero de 2007 (RJ 2007/564), que condenó a la demandada (responsable del cableado) al pago del 25% de la indemnización. No se plantea si la solución hubiera sido otra en caso de probarse que el gesto del pescador fue suficiente para alcanzar la altura reglamentaria de los cables; tanto si la responsabilidad es objetiva (suministro de energía) como si es por culpa presumida (riesgo extraordinario), nada impide apreciar la culpa exclusiva de la víctima.

Después de este recorrido por las principales causas de exoneración no resulta arriesgado concluir que éstas son diseñadas (por el legislador) o aplicadas (por la jurisprudencia) teniendo en cuenta la materia concreta que en cada caso es objeto de consideración; así, la variedad que presentan hoy los artículos correspondientes de la LNAE, la Ley de Caza, la LRJPAC, la LEN o el TR LGDCU no parece fácilmente reconducible a unos conceptos generales y homogéneos de «fuerza mayor» y «culpa de la víctima»: ni se utilizan con el mismo contenido en todas estas normas, ni siquiera son causa de exoneración en algunas de ellas.

²³¹ RAMOS MAESTRE A., *La responsabilidad...*, cit., pág. 146.

4. EL DAÑO CUBIERTO: BIENES JURÍDICOS, PERSONAS, CUANTÍAS

La idea de limitar los daños resarcibles es connatural a la responsabilidad civil en algunos países, como Alemania, que sigue un modelo típico, pero resulta algo «extraño» en un sistema que parte de una cláusula general y del principio de resarcimiento integral²³². Entre nosotros, limitar el alcance de la responsabilidad parece contradecir uno de los principios o presupuestos de nuestro Derecho de daños, el de reparación integral, según el cual, el obligado a indemnizar deberá hacerlo por la totalidad del daño causado, *sin límites*. Sin embargo, como ocurre tantas veces con los principios generales, tampoco éste puede considerarse absoluto en nuestro ordenamiento jurídico.

Parece claro que «el ordenamiento no busca proteger a las personas frente a todos los riesgos que la vida social les pueda ocasionar. Hay, se ha dicho siempre, un margen de riesgo tolerado que es necesario para la vida social misma»²³³; con palabras de F. Pantaleón, la cláusula general de responsabilidad extracontractual por culpa «en modo alguno significa que todos tengamos deber de cuidado frente a todos los demás con el fin de evitarles cualquier tipo de daños»²³⁴. P. del Olmo subraya que «hay que reconocer que el ordenamiento debe proteger y protege con mayor intensidad frente a los daños físicos que frente a los puramente económicos. En efecto, el daño físico (si nos centramos en el daño personal, la cosa es aún más clara) es absolutamente indeseable, mientras que el daño puramente económico es, por ejemplo, el objeto de la libre competencia»²³⁵. Ahora bien, reconoce que «en los sistemas de cláusula general de responsabilidad, no es tan frecuente plantear esa jerarquía de valores»²³⁶ (como en el ámbito germánico o anglosajón). En materia de responsabilidad objetiva –hemos podido apreciarlo al analizar su fundamento–, y precisamente porque uno de los principales argumentos para justificarla es la gravedad de los daños que puede llegar a provocar la fuente de peligro –daños personales y de muerte–, no resulta extraño aceptar –así ocurrió históricamente– que se trata de una respon-

²³² PANTALEÓN, F., «Comentario al artículo 1902», cit., pág. 1998.

²³³ Díez-PICAZO, L., «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de Derecho Civil*, 2001-III, págs. 1009-1027, pág. 1027.

²³⁴ PANTALEÓN, F., *La responsabilidad civil de los auditores...*, cit., pág. 115.

²³⁵ Dice P. DEL OLMO («Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, págs. 257-368, pág. 297) que «este es un ejemplo muy utilizado, por ejemplo en FLEMING, J. G. (87), pág. 161».

²³⁶ DEL OLMO P., «Responsabilidad...», cit., pág. 297. Crítico con la regla de no indemnización del daño puramente económico, GÓMEZ POMAR F., «Ámbito de protección de la responsabilidad de producto», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 702 y ss.

sabilidad *limitada* o pensada para resarcir los daños especialmente graves que la justifican: daño físico. Es significativo que, en Derecho francés, los esfuerzos de la jurisprudencia por distinguir daños de los que se responde y daños de los que no se responde –frente a la obligación de responder de todos los daños causados (principio general)– se haya desarrollado precisamente en torno a la responsabilidad (objetiva) por los hechos de las cosas²³⁷.

Lo cierto es que el principio de resarcimiento integral encuentra importantes excepciones en las leyes especiales que introducen normas de responsabilidad objetiva: LNAE, LEN, LRCSVM, TR LGDCU, etc. Como se ha podido comprobar en el sucinto recorrido por la legislación, a menudo el ámbito de protección de estas leyes queda limitado, no siempre ni en la misma medida, en cuanto a los daños amparados por la norma de protección (daño personal y material), al círculo de dañados (titulares de esos bienes, exclusión del conductor, etc.) y a la cuantía de las indemnizaciones²³⁸. Pero también contamos con normas de responsabilidad objetiva que carecen de limitación alguna más allá del fin de protección de la norma: CC, LRJPAC, LCaza.

De modo esquemático, podemos recordar que en la Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares, el fin de protección gira en torno al concepto de «daño nuclear», que la ley se encarga de definir detalladamente [artículo 3.1.h) y 3.2.c) para daños producidos por accidentes que involucren materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares]; también se especifican los «daños excluidos (art. 6.1)]: a) Los daños causados a la propia instalación nuclear y a cualquier otra instalación nuclear, aun cuando esté en construcción, que estén situadas en el mismo emplazamiento de tal instalación. b) Los daños a los bienes que se encuentren en el mismo emplazamiento y que sean o deban ser utilizados en relación con una u otra de dichas instalaciones. c) Los daños que padecieren en sus personas los trabajadores de las instalaciones nucleares o de las empresas de transporte de sustancias nucleares, siempre que sean calificados de accidente de trabajo o enfermedad profesional con arreglo a lo establecido en la normativa del sistema de la Seguridad Social». Finalmente, también se encuentran tasadas las cuantías indemnizatorias (art. 4.4 y 4.5)

La LNAE –como se vio– limita los bienes jurídicos protegidos y las cuantías (artículos 115 a 119).

La LRCSVH especifica (art. 5.1) que «la cobertura del seguro no alcanza los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o el fallecimiento del vehículo causante del accidente», ni los «daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor» y algunos parientes cercanos de éstos.

²³⁷ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 271.

²³⁸ ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 644.

Finalmente, el artículo 129 del TR LGDCU excluye del ámbito de aplicación de la responsabilidad por producto defectuoso el daño material, cuando no afecta a «bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado»²³⁹. Deja la indemnización del *daño moral* al albur de las reglas generales y, *a contrario*, excluye la indemnización el daño puramente patrimonial.

En la STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/4630), sobre los daños causados por el medicamento Agreal, el TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los daños indemnizables al amparo de la LRPD:

«Finalmente, el cuarto motivo sobre “la indebida apreciación del daño moral”, argumenta que “no está demostrado que existiese esa incertidumbre de las demandantes que hayan acreditado consumo en torno a su estado al tiempo de la demandada”, y que las “demandas colectivas fueron incentivadas, en los medios de comunicación y en reuniones con los consumidores”, por un determinado bufete de abogados, no estando el daño moral reconocido en la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños causados por pronto defectuoso y lo está en determinadas circunstancias en la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, de 8 de noviembre de 1995. El motivo se desestima por razones obvias pues junto a una simple cuestión de hecho, y no de valoración jurídica, se plantea si es o no resarcible el daño moral al amparo de la Ley 22/1994 cuyo ámbito de protección –artículo 10– comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños materiales causados en las cosas con la franquicia para este último caso de 65.000 pesetas. *Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general*, señalando en el artículo 15 que las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. Es decir, el artículo 10 (en la actualidad los artículos 128 –que mantiene la referencia a los daños morales– y 129 –en el que han desaparecido– del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), integra los daños morales como objeto de una posible reclamación. *En cualquier caso, el daño moral que se indemniza se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños.*»

El hecho de que la responsabilidad objetiva se encuentre –*lege lata*– limitada en su alcance indemnizatorio (bienes jurídicos protegidos, *caps*, tasación de las causas de exoneración, adopción de requisitos ulteriores para admitir la responsabilidad frente a *bystanders*, etc.) podría hacer pensar que su «debilidad protectora» es algo consustancial. Sin embargo, la amalgama de limitacio-

²³⁹ Sobre los límites de la protección de la responsabilidad por producto defectuoso, véase GÓMEZ POMAR, F., «Ámbito de protección...», cit., págs. 655 y ss.

nes que acaba de exponerse parece suficiente para descartar la idea de que los límites protectores de la responsabilidad objetiva sean algo *propio* o *intrínseco* de ésta; el único motivo es la decisión del legislador de querer proteger o subvencionar a las empresas que asumen el riesgo de causar daños en los sectores afectados. No hay ningún razonamiento dogmático o funcional que impida que se indemnicen también otros daños, como los extrapatrimoniales o los puramente económicos. La responsabilidad objetiva no es un criterio *más débil* de imputación que requiera, como compensación, que se limite su potencial indemnizador; las limitaciones obedecen a motivos ajenos al discurso indemnizatorio y lógicamente tienen que ver con la viabilidad, la protección o el fomento de las actividades que se benefician de esos límites (los usuarios de vehículos, las aseguradoras, los fabricantes de vehículos, las empresas de navegación aérea, etc.). Como es lógico, estos motivos no son de menor categoría que los estrictamente jurídicos. De manera similar a como en un contrato las partes pueden fijar los límites de la cobertura (contrato de seguro), en el caso de la responsabilidad objetiva *ex lege* es el legislador el que establece –digámoslo así– un «contrato social» por el que un potencial beneficio común (en materia de trasportes, energías, etc.) justifica que las empresas encargadas de suministrarlo encuentren ciertos privilegios en su explotación, fijando a través de la limitación de su responsabilidad patrimonial un cierto equilibrio entre el riesgo que causan, el beneficio particular que obtienen y el beneficio común que generan.

Una vez aceptado que se trata de límites extrínsecos a la responsabilidad objetiva como tal, Kötz constata que cada ley impone sus reglas, por lo que, desde la perspectiva de una posible unificación u homogeneización de la materia, se plantea si sería posible sacar un factor común o unas reglas generales, y si alguna regla de las previstas por una ley especial podría llegar a generalizarse²⁴⁰.

Hay que reconocer que estas limitaciones –en cuanto a los bienes, las personas y las cuantías– son difícilmente sistematizables o generalizables, pues no se trata de decir simplemente que se cubre el daño físico, se excluye el puramente económico y que el daño moral se deja al albur de las reglas generales (como hace, por ejemplo, el artículo 129 TR LGDCU), sino que en muchos casos se pormenoriza y se establecen límites cuantitativos que proceden de compromisos internacionales o comunitarios y, en todo caso, que son el resultado del cruce de fuerzas enfrentadas en el *iter* legislativo.

²⁴⁰ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1803.

Desde otra perspectiva, la pregunta por el fin de protección de la norma debería contener siempre una reflexión en torno a estos posibles límites. La cuestión es si, cuando una norma no establezca expresamente una limitación para los bienes y las personas protegidas –resulta obvio que los límites cuantitativos solo pueden fijarse por ley–, podría ésta deducirse del fin de protección de la norma; por ejemplo, si cabría afirmar que el artículo 1905 no cubre el daño puramente patrimonial, sino el físico; o que no cubre el daño causado por el animal al veterinario, al cuidador o al jinete.

En cuanto a los límites cuantitativos, según M. Martín-Casals y J. Ribot, «es un lugar común, probablemente por influencia de la legislación y de la doctrina alemanas, considerar que el establecimiento de límites cuantitativos es un elemento consustancial a la regulación de todo tipo de responsabilidad objetiva. Desde un punto de vista comparado, sin embargo, sólo Austria y Alemania establecen límites de este tipo en casi todas las normas de responsabilidad objetiva, con variantes que hacen bastante complejo el sistema»²⁴¹. En su opinión, «tanto razones de índole económica (v. gr. los límites a la indemnización de esos daños constituyen de hecho subvenciones indirectas de esas actividades a costa de la víctimas, e incentivan a destinar en prevención inversiones por debajo del óptimo) como jurídica (principio de íntegra reparación de los daños, aproximación de la responsabilidad por culpa y sin culpa) sugieren (...) el abandono de los límites cuantitativos en los supuestos de responsabilidad objetiva»²⁴².

H. Kötz es claro al afirmar que las limitaciones cuantitativas no vienen determinadas por ninguna consecuencia propia o esencial de la responsabilidad objetiva. Entre otras cosas, hay leyes especiales que las contemplan y otras que no. La mayoría de autores abogan por suprimir estos límites, y dan como razones para eliminarlas que, si el fundamento para justificar la responsabilidad objetiva es tan sólido como el de la responsabilidad por culpa, no se comprende el diferente tratamiento; además, eliminándolos se evitaría la litigación con doble fundamento (los demandantes acudirán a la indemnización por culpa en los casos de mayor daño), el agravio comparativo entre las diferentes leyes, o que en condiciones dinámicas de mercado las cantidades se queden pronto descontextualizadas. No es cierto que no sea asegurable la actividad peligrosa que no goce de este privilegio, pues así ocurre de hecho en muchos sectores y, en todo caso, el contrato de seguro será posible y contará con un

²⁴¹ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 833. Otros ordenamientos se limitan a recoger lo que en esta materia imponen los tratados internacionales de cada materia: en navegación aérea, los Tratados de Roma y Montreal, por ejemplo.

²⁴² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., pág. 834.

techo máximo de cobertura; tampoco es sostenible que la eliminación de esos topes supondría una elevación insostenible de las primas pues, de hecho, muchas empresas aseguran sus actividades en esas condiciones y sin límites cuantitativos²⁴³.

Más benévolo con ellos, Kötz/Wagner destaca que los *caps* tienen el buen sentido de hacer que el riesgo sea más calculable y, por tanto, más fácilmente asegurable, lo que puede ser adecuado para algunas empresas y actividades; en el fondo, apelan a un aspecto valorativo –político– de los motivos por los que habría que apoyar a ciertas empresas a costa de sus posibles víctimas; pero los mismos autores reconocen que las diferencias entre unas leyes y otras, y entre los ámbitos legislados y no legislados resulta «poco presentable»²⁴⁴.

Como dice Díez-Picazo, entre víctimas y empresas explotadoras los límites de la responsabilidad funcionan como subvenciones para éstas; la valoración de esos límites es compleja, pues obliga a ponderar la medida en que esas explotaciones deberían fomentarse por contribuir al desarrollo económico y social, al abastecimiento energético, etc., a cambio de correr un riesgo extraordinario y, en su caso, de limitar las pretensiones de indemnización por los daños causados²⁴⁵.

Por ejemplo, en el caso de la navegación aérea se ha dicho que «si se aplicaran estrictamente los principios jurídicos de la responsabilidad que proclama el resarcimiento integral de los daños, podría ponerse en peligro el fenómeno mismo del transporte aéreo, al hacer inviables económicamente las compañías dedicadas a este tipo de actividad. Por esto, el Derecho Aeronáutico desde los Convenios de Varsovia, 1929, y de Roma, de 1933 y 1952, ha tratado de conciliar los intereses en juego y de moverse por la vía de una limitación de la responsabilidad que favorezca con un trato igual a la estructura del transporte aéreo, compensando dicha limitación de responsabilidad, por las mismas razones, con un sistema de responsabilidad objetiva»²⁴⁶. Desde luego, esto pudo ser así en un comienzo, cuando este medio de transporte representaba un verdadero «riesgo extraordinario»; la cuestión es si está justificado que lo siga

²⁴³ BRÜGGEMEIER, G., *Haftungsrecht...*, cit., pág. 140. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 604. KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., págs. 1825 y ss. WILL M R., *Quellen...*, cit., págs. 305 y ss. Para KÖTZ/WAGNER, los *caps* tienen el buen sentido de hacer el riesgo más calculable y, por tanto, más fácilmente asegurable, por lo que convendría tenerlos en cuenta para determinadas empresas y actividades. En todo caso, las diferencias entre unos y otros en las diversas leyes no resultan presentables (*Deliktsrecht...*, cit., págs. 206 y ss.).

²⁴⁴ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., págs. 208 y 209.

²⁴⁵ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., V, pág. 426.

²⁴⁶ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., V, pág. 422 (con cita de L. TAPIA y E. MAPELLI, *Ensayo para un Diccionario de Derecho Aeronáutico*, Madrid, 1991).

siendo. Baste mencionar que durante años la responsabilidad por accidentes aéreos fue tratada en muchos Estados y tribunales norteamericanos como un supuesto de responsabilidad objetiva, pero que la reflexión llevada a cabo en torno a los *Restatements* puso en duda que el transporte aéreo deba considerarse como una actividad anormalmente peligrosa, dado el grado de aceptación y seguridad que ha alcanzado –es una actividad común–, hasta el punto de que hoy en la mayoría de Estados se trata la materia dentro de las reglas de la responsabilidad por culpa; es el único caso en que una previsión expresa de responsabilidad objetiva ha sido sustituida por una previsión, también expresa, de responsabilidad por culpa²⁴⁷.

El análisis y justificación de los límites cuantitativos excede con mucho del objeto de estas páginas, pues debería hacerse para cada una de las sedes en las que se imponen, pero quizá un ejemplo sea suficientemente significativo de la necesidad de hacer una revisión crítica de esos instrumentos: en nuestro ordenamiento jurídico, la LRCSCVM introdujo un Baremo de carácter obligatorio para lograr un razonable acercamiento en la cuantificación de los daños físicos y morales, que se hizo extensible al lucro cesante; y lo hizo en unas circunstancias sociales y económicas que permitieron a las aseguradoras ejercer una influencia notable sobre el legislador²⁴⁸, lo que sin duda se reflejó en el producto legislado. Nadie duda de que sea posible indemnizar con mayor proximidad a la realidad efectiva del daño si las primas fueran algo más caras y las ganancias de las aseguradoras menos abultadas. Pero desde entonces hemos asistido a un proceso en el que esos límites inicialmente previstos para el seguro obligatorio de vehículos a motor han terminado por aplicarse con carácter general, hasta el punto de que es la sentencia que no respeta el Baremo la que debe justificar su postura; y siendo una norma que resultaba muy criticable en el momento y para el ámbito en el que se introdujo, resulta sencillamente aberrante que se haya convertido en regla general para cuantificar el daño físico, moral, y hasta el lucro cesante de nuestro Derecho de responsabilidad civil extracontractual. Este ejemplo pone de relieve hasta qué punto se ha ignorado que unas «reglas de juego» que surgen en el contexto de un sistema de seguridad social descentralizado (el del seguro obligatorio de automóviles) no deberían convertirse en reglas generales para la cuantificación de esos da-

²⁴⁷ SCHWARTZ, G T., «United States», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification...*, cit., pág. 354. Véase también PROSSER, W. L./KEATON, W. P., *The Law of Torts...*, cit., pág. 558, para quienes ya en 1984 los vuelos comerciales debían regirse por las reglas generales de responsabilidad por negligencia. El tercer *Restatement* deja la cuestión abierta, aunque reconoce que considerar la navegación aérea como un supuesto propio de responsabilidad objetiva resulta hoy *difícil*: St Paul, Mn: American Law Institute Publishers, 2010, pág. 272.

²⁴⁸ PANTALEÓN, F., «De nuevo sobre la inconstitucionalidad...», cit., págs. 2081 y 2082.

ños en todo el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Sin duda, fue la errática práctica jurisdiccional en torno a la fijación de las cuantías (no revisables en casación) la que provocó un movimiento pendular contrario y perverso para las víctimas, pero hay que denunciar que los defectos de la técnica legislativa y del quehacer judicial no deberían pagarlos las víctimas.

La STS de 6 de junio de 2014 (RJ 2014/3395) trataba de un supuesto de negligencia médica en el que la recurrente reclamaba «tanto por el concepto de incapacidad temporal como por las lesiones permanentes o secuelas sufridas, (incluyendo en cada caso el factor corrector por perjuicios económicos y el daño moral)», y el TS afirma, como doctrina consolidada, que

«ha de tomarse en cuenta, con valor orientador, el baremo o sistema legal de valoración que rige para los accidentes de tráfico, conforme a doctrina reiterada de este Sala (SSTS de 16 de diciembre de 2013, y 18 de junio de 2013, entre las más recientes). Igualmente, en la aplicación del baremo, esta Sala, a raíz de las SSTS de 17 de abril de 2007, ha sentado doctrina, luego recogida en otras muchas resoluciones (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2008; de 10 de julio 2008; de 23 de julio de 2008; de 18 de septiembre de 2008; de 30 de octubre de 2008 y de 9 de marzo de 2010) conforme a la cual el momento del siniestro determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del daño, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto en el momento que se produce el alta definitiva». Aunque la sentencia insista literalmente en el «valor orientador» del baremo, lo cierto es que lo aplica de un modo meticuloso; por ejemplo, para la indemnización del daño moral afirma que «según jurisprudencia vigente (SSTS de 30 de noviembre de 2011 y 19 de septiembre de 2011), aunque el principio de reparación íntegra comprende el resarcimiento de los daños morales y así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM (el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad “[l]os daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales”), por lo general, de aplicarse, como es el caso, el sistema de valoración incorporado en la LRCSCVM, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues, como afirma sentencia de 19 de septiembre de 2011, su indemnización por separado solo es posible dentro del sistema en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente (por ejemplo, en el caso de los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos). No existiendo previsión legal para su indemnización por separado, debe estarse a la jurisprudencia fijada a partir de la STS de 25 de marzo de 2010, que viene afirmando que la regulación del factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera

ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales, y que, del mismo modo, también el factor de corrección por perjuicios económicos cubre daños morales, aunque no los cubra únicamente (pues en una proporción razonable puede estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima)».

La STS de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7842) trataba también de un supuesto de negligencia médica, y contiene verdaderas cláusulas de estilo sobre la aplicación del Baremo:

«Dice Sentencia de 7 de mayo de 2009, que reproducen las de 14 de noviembre de 2012 y 18 de junio de 2013: “El efecto expansivo del Baremo previsto en el anexo a la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 del Código Civil (SSTS de 10 de febrero; 13 de junio, 27 de noviembre de 2006; 2 de julio de 2008)”.

El baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.

Ahora bien, esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS de 6 de noviembre de 2008; 22 de junio de 2009; 29 de mayo de 2012)». Estos mismos párrafos pueden encontrarse, por ejemplo, en la STS de 18 de junio de 2013 (RJ 2013/4376).

En la STS de 7 de junio de 2013 (RJ 2013/8385) se trataba del daño causado por la actuación dolosa de un banco en el trato a los clientes/demandantes que tenían concertado un préstamo hipotecario con la entidad. La AP consideró excesivo el importe de las indemnizaciones otorgadas a los demandantes en

la Primera Instancia, y aplicó para su concreción el baremo para accidentes de tráfico. El TS avala ese quehacer afirmando que

«la aplicación referencial del baremo que resulta plenamente admisible en la valoración jurídica de los hechos, dado su valor objetivo de referencia y su correcta aplicación dentro de la competencia de moderación que asiste a la instancia de apelación en orden a la cuantificación de los daños producidos.»

5. SUJETO RESPONSABLE

Una vez probado que el daño se ha producido dentro del fin de protección de la norma, parece una mera consecuencia afirmar –por ejemplo, con Esser/Weyers²⁴⁹– que el responsable (deudor de la pretensión de responsabilidad objetiva) será el titular de la fuente de peligro, la empresa que la explota, el que domina la fuente de peligro para sus propios fines y controla su producción, sin consideración a la relación jurídica que le ligue al objeto (propiedad, arrendamiento, leasing, contrato ineficaz, etc.). También el inimputable puede ser «titular» en este sentido.

Con palabras de H. Koziol, «el daño ha de atribuirse a aquél en cuyo interés se explota la fuente de peligro permitida (paralelismo provecho/perjuicio); la responsabilidad corresponde a aquél que tiene la posibilidad de influir (dominar) en la fuente de peligro»²⁵⁰. En esta línea insisten también Kötz/Wagner: la responsabilidad objetiva debe afectar a aquél que puede o tiene que tomar una decisión sobre las medidas de seguridad o sobre el nivel de actividad de la instalación peligrosa²⁵¹. Estas consideraciones sirven para resolver posibles dilemas, como cuando la empresa se encuentra arrendada, etc.

En los casos que plantean dudas, interesa recordar la reflexión que se hacía al tratar del fundamento de esta responsabilidad: ésta no se liga simplemente a la existencia de un riesgo cualificado que se pueda atribuir a alguien (como propietario o por otro título), sino a que alguien «decide» sobre dicho riesgo (volumen de actividad, seguro, etc.).

Tampoco ha planteado problemas de tipo práctico. En la STS de 12 de abril de 2013 (RJ 2013/3161), el mástil del barredor de fondos de una piscina produjo un arco voltaico con la línea de alta tensión que discurría por encima de la parcela sin cumplir la altura reglamentaria, que produjo la

²⁴⁹ ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 642.

²⁵⁰ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., págs. 230 y 231.

²⁵¹ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., págs. 200 y ss.

muerte por electrocución de quien empuñaba el barredor. La titular de la línea era la comunidad de propietarios, pero el TS considera que «lo relevante no es la propiedad del tendido eléctrico sino el control de sus condiciones de seguridad», y que era la compañía eléctrica recurrente la que «explotaba el tendido eléctrico, se servía de éste para suministrar energía más allá de las parcelas de la comunidad, suministraba a los parcelistas cobrándoles por el servicio, reparaba las averías y se ocupaba de su mantenimiento, por lo que ella era la encargada del control de seguridad mediante personal especializado y conocimientos técnicos precisos al ser una empresa distribuidora de energía eléctrica».

La STS de 12 de abril de 2000 (RJ 2000/2972) trataba de las graves lesiones causadas a dos menores por los perros mastines de los que se servían los demandados para custodiar su finca, y condenó solidariamente a éstos. En el recurso de casación interpuesto por los demandados se denunciaba –entre otras cosas– la aplicación indebida del artículo 1905 CC alegando que fue el hijo de uno de los demandados quien desató a los perros que atacaron a los menores en el paraje próximo a la finca. El TS responde que

«el destino de los mastines era la custodia de la finca propiedad de los recurrentes, que dedicaban a explotación agropecuaria, siendo esta raza de perros normalmente utilizada por sus aptitudes para el cuidado del ganado, sin perjuicio de que puedan cumplir funciones de vigilancia, *lo que acredita por sí que dichos titulares dominicales eran los que se beneficiaban de los animales y basta la utilización en provecho propio para que surja la obligación de resarcir* (SS de 14 de mayo de 1963 [RJ 1963, 2699], de 14 de marzo de 1968 [RJ 1968, 1737], de 28 de abril de 1983 [RJ 1983, 2195] y de 28 de enero de 1986 [RJ 1986, 336]).

No se probó para nada que el hijo de referencia fuera el dueño de los canes agresores, por lo que hay que atribuir el dominio a los propietarios de la finca a la que servían, y ser los efectivos poseedores de los mismos, es decir, se trata de propietarios-poseedores, transformándose el binomio legal francés de propietario-usuario en poseedor-usuario, al encontrarse los animales bajo la guardia de los recurrentes, tanto en su dimensión de guardia-jurídica como de guardia-material.

(...) La titularidad dominical [del predio] quedó debidamente demostrada (escritura de compra a los padres en enero de 1982), así como que los perros se encontraban en dicho predio y los recurrentes se servían de ellos, y precisamente escaparon de la finca para atacar a los menores, presupuestos que actúan decisivos para que proceda la aplicación del artículo 1905 del Código Civil, ya que no se demostró que los mastines fueran de la propiedad o estuviesen sujetos a la exclusiva y excluyente posesión del hijo de don Adrián M. M., como queda ya dicho.»

No se probó que fuese el hijo el que los desató, pero tampoco parece probable que en tal caso se hubiese exonerado a los que se servían de los animales, si no *ex* artículo 1905, sí *ex* 1903 CC.

En la STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/5216) se trataba de los daños causados al demandante por la mordedura de un perro propiedad de una sociedad anónima formada por tres socios, que eran quienes se encargaban de su cuidado y alimentación, y que lo habían adiestrado para inclinarlo a la agresividad. La SAP condenó solidariamente a la sociedad y a los tres socios, que recurrieron la sentencia alegando que la obligación de responder correspondía a la sociedad, como propietaria del perro, pero no a los socios/personas físicas. A lo que el TS responde:

«El artículo 1905 del Código Civil establece, como criterio de imputabilidad, la posesión del animal o el servicio del mismo: “el poseedor de un animal o el que se sirve de él...”, dice literalmente. Lo que significa que se impone la obligación de reparar el daño al que tiene el poder de hecho (posesión de hecho, inmediata) o el interés en la utilización (servicio) del animal, sea o no propietario. La sentencia de 28 de enero de 1986 (RJ 1986, 336) precisa que se trata de una responsabilidad por riesgo inherente a la utilización del animal.

En el caso presente, el relato fáctico, inamovible en casación, concreta que los codemandados recurrentes en casación, hermanos Amalio, Anastasio y Julián, primero, se ocupaban del cuidado del perro, segundo, lo habían artificialmente inclinado a la agresividad y firmeza, tercero, tenían collares y cadenas que retenían al perro, aunque no con el necesario celo y aseguramiento. El perro se soltó, saltó una valla y atacó al demandante: no consta acreditado que éste fuera causa del ataque. De lo cual se desprende la misma conclusión a que ha llegado la sentencia recurrida: las personas físicas, hermanos Amalio, Anastasio y Julián, no eran propietarios (la propiedad era de la sociedad anónima) pero eran poseedores de hecho del perro y se servían de él. Se aplica correctamente, en este sentido, el artículo 1905 del Código Civil y se sigue la doctrina jurisprudencial sobre la atribución de responsabilidad a los agentes, como los recurrentes, a quienes se les imputa por estar en la previsión de la propia norma.»

En la STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6864), una vaca embistió y causó la muerte a una persona que paseaba por la finca en la que se encontraba la vacada. Como no se pudo determinar qué vaca lo había hecho, se condenó a los dos propietarios de las reses que se encontraban en el lugar. La sentencia aclara, por una parte, que no se puede hacer responder a los encargados de la finca, que son «unos simples servidores de la posesión del dueño», que «no usan para sí sino para él, de acuerdo con sus instrucciones y defendiendo sus intereses»; y por otra, que uno de los propietarios de las vacas implicadas –hermano de la víctima– no podía solicitar al otro propietario que le

indemnizara, pues ambos eran igualmente responsables al no haberse podido probar de quién era la vaca que embistió a la víctima.

Escenario bien diferente es el de la STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/39), que trata de la muerte de un peatón por el impacto en la cabeza de una maceta caída desde un quinto piso durante un fuerte temporal de viento; la vivienda desde la que cayó estaba arrendada a la conserje que había de suplir al titular durante el mes de julio. El viudo de la víctima se dirigió contra el viudo e hijos de la propietaria del inmueble, la compañía de seguros con la que aquélla tenía contratado un seguro multirriesgo y contra la arrendataria. La sentencia de primera instancia condena únicamente a esta última, pero la SAP lo hace también a los propietarios y a la compañía de seguros. El TS casa la SAP recurrida:

«En cuanto a la infracción de los artículos 1907 y 1910 CC y 9 LPH, reglas 2.^a y 6.^a, según la redacción de este último precepto vigente al suceder los hechos, debe entenderse efectivamente cometida en la medida en que la sentencia impugnada los considera aplicables a la propietaria del edificio: la del artículo 1907 CC, porque en los hechos probados no hay el menor atisbo de ruina de dicho edificio debida a una falta de las reparaciones necesarias, y las malas condiciones del aro que sujetaba la maceta, amén de apuntarse únicamente como una hipótesis no confirmada de otra hipótesis (si la maceta no estaba en el alféizar de la ventana y sin protección, “estaría metida en un aro de hierro..., cuyo aro debía estar en malas condiciones-seguramente muy oxidado...”), no pueden imputarse sin más a la propietaria del edificio a falta de otros datos sobre quién instaló los aros, si la propietaria o la inquilina, y en qué momento; la infracción del artículo 1910 CC, porque *la jurisprudencia de esta Sala es clara al excluir de su ámbito “al propietario-arrendador de la vivienda que, como es obvio, no habita en ella”* (SSTS de 6 de abril de 2001 [RJ 2001, 3636] y 22 de julio de 2003 [RJ 2003, 5852]); y la de las reglas 2.^a y 6.^a del artículo 9 LPH en su redacción anterior a la Ley 8/1999, porque amén de no estar sometido el edificio al régimen específico de la propiedad horizontal, como la propia sentencia recurrida declara probado, es también claro que tales reglas, como hoy la del Ap. 1,*b*) del mismo artículo, imponían unas determinadas obligaciones al propietario frente a la comunidad y los demás propietarios, no frente a terceros.

En consecuencia queda por determinar si la sentencia recurrida infringió también o no el artículo 1902 CC al imputar a la propietaria del edificio una negligencia consistente en no haber advertido a la inquilina del peligro que representaban las macetas, ni haberla requerido para que las retirase ni haber hecho todo lo que estaba en su mano para conjurar ese peligro, verdadera razón causal de la condena de los hoy recurrentes según se desprende del párrafo segundo del fundamento jurídico quinto de dicha sentencia.

Pues bien, en este punto la respuesta de la Sala también ha de ser estimatoria de ambos recursos porque, descartado que a la propietaria del inmueble se le haya aplicado el artículo 1903 CC por actos u omisiones ajenas, es decir, de la arrendataria, la realidad es que aplicar en su contra el artículo 1902 del mismo

Cuerpo legal en los términos en que lo hace la sentencia recurrida, desde juicios hipotéticos que no salvan la responsabilidad de la inquilina conforme al artículo 1910 CC pero sí generan incertidumbre sobre la verdadera disposición de la maceta antes de caer a la calle, equivale a hacer responsable al arrendador de los daños causados a terceros por el inquilino, o dicho de otra forma, a extender el ámbito del artículo 1910 CC a sujetos distintos del habitante de la casa, en contra de la doctrina contenida en las dos sentencias ya citadas y también en la de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5297), mediante la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión de la conducta del inquilino. Y es que, en definitiva, a tal exacerbación conduce la exigencia al arrendador de un deber de advertir desde fuera del edificio que hay una maceta en el alféizar de una ventana de su quinto piso, primera hipótesis de la sentencia recurrida, o de que en el balcón del mismo piso hay una maceta dentro de un aro, segunda hipótesis, situado hacia afuera y no hacia dentro, tercera hipótesis encaenada.»

6. UNA REFLEXIÓN

Al comenzar el capítulo se hacía el comentario de que la complejidad a la hora de apreciar el fundamento de la responsabilidad objetiva aconsejaba que fuera el legislador (y no el juez en cada supuesto y *a posteriori*) quien combinara esos elementos. Ahora encontramos que aquella misma complejidad o dificultad para reducir los elementos de la responsabilidad objetiva a un número razonable de líneas maestras, concurre también, aunque de otro modo, cuando se trata de determinar el fin de protección de la norma. Aunque es cierto que este requisito juega para la responsabilidad objetiva un papel equiparable al del juicio de negligencia para la responsabilidad por culpa, una vez más aparecen aquí un mayor número de variables en juego, ya que para establecer el ámbito de protección se necesita acudir a los criterios de imputación objetiva y a las causas de exoneración, y plantear la eventual limitación de los bienes jurídicos protegidos: no se trata solo de decir –en paralelo al juicio de negligencia: si hay culpa se responde, si no, no, pero siempre conforme a ciertas reglas generales– si el daño se encuentra dentro o fuera del fin de protección de la norma, sino de establecer para cada norma las fronteras de la protección: los bienes jurídicos limitados, las personas protegidas, las cuantías indemnizatorias.

No es que *lege ferenda* no pueda hacerse un esfuerzo por reducir significativamente las diferencias apreciables en casi todos los aspectos, pero también resulta obvio que algunas de estas diferencias son difíciles de reducir: los *caps* que responden a compromisos adoptados en virtud de Tratados interna-

cionales o normas comunitarias, las causas de exoneración o el círculo de sujetos excluidos de la protección.

Si los elementos de la responsabilidad objetiva pudieran homogeneizarse hasta el punto de decir que siempre que estemos dentro del ámbito de protección de la norma se responde de la misma manera (como cuando hay culpa, que las «reglas» de la responsabilidad son las mismas para todos los casos),

- por los daños causados a las personas (muerte, lesiones u otros menoscabos de la salud) o a las cosas, no el daño puramente económico;
- sin limitación en cuanto al círculo de bienes protegidos o personas protegidas (al contrario de lo que hacen el TR LGDCU –bienes de consumo– o la LRCSVM –bienes de determinados sujetos–), incluidos el daño moral (según la orientación de un baremo) y el lucro cesante;
- sin límite cuantitativo (salvo compromisos internacionales o comunitarios);
- y con dos únicas causas de exoneración (fuerza mayor y culpa exclusiva o preeminente de la víctima), pero aceptando que en su caso las leyes pormenoricen qué consideran «fuerza mayor» y/o qué supuestos de fuerza mayor se encuentran dentro del ámbito de protección,

tendría sentido contar con una regulación general que determinase lo que en estas líneas se ha esbozado simplemente. Ahora bien, si los aspectos no armonizables vencen, carecería de sentido acometer la elaboración de unas reglas generales. La cuestión sobre una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas se ha reducido a la conveniencia de reconocer una fórmula legal que permita a los tribunales imponer la responsabilidad sin culpa en casos de riesgo extraordinario no previsto por otras normas; y esto es así, en parte, porque tanto en el contexto anglosajón como en el germánico cuentan con una cultura jurídica más desarrollada sobre el fin de protección de la norma y la posibilidad de limitar los bienes jurídicos protegidos. Aunque algunos de estos elementos forman parte de nuestro Derecho positivo, el discurso objetivo no está suficientemente asumido, ni está claro que haya un deseo de asumirlo, por lo que no parece que una cláusula así sea adecuada a nuestras circunstancias. En todo caso, conviene conocerla mejor.

CAPÍTULO CUARTO

LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR ACTIVIDADES ANORMALMENTE PELIGROSAS

1. GENERALIDADES

Se discute si un sistema de leyes especiales en torno al principio de enumeración (*numerus clausus*) es suficiente y apropiado para el tratamiento jurídico de la responsabilidad sin culpa, o si convendría elaborar unas normas generales, bien a través de una cláusula general con verdadera pretensión de generalidad –solución grande: crear un artículo 1902 CC para la responsabilidad objetiva–, bien a través de una cláusula general «residual» –solución pequeña– que se encargue de las actividades de riesgo extraordinario que no hayan merecido la atención del legislador. En realidad, hoy el debate se circunscribe a si debería incorporarse a los ordenamientos una solución pequeña²⁵².

En el primer capítulo han quedado esbozados los principales intentos de generalizar el tratamiento de la responsabilidad objetiva. Valga ahora esta breve síntesis:

La jurisprudencia francesa protagonizó una evolución muy particular que le llevó a construir –a partir del artículo 1384 del *Code*– un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas a cargo de su guardián, que como expresión más amplia de reconocimiento de la responsabilidad objetiva en el panorama europeo, ha quedado algo aislada. Aunque tuvo influencia en las codificaciones de mediados de siglo pasado (en el Código civil italiano del 45 o el

²⁵² MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 846 y ss.

portugués del 66), y resuena también en algunos fallos de nuestra jurisprudencia, no ha sido acogida en su radicalidad –tampoco por países que comparten el mismo artículo, como Bélgica–, ni ha sido considerada como un modelo a seguir en el panorama de la unificación del Derecho europeo²⁵³.

En Alemania, los intentos de construcción de una cláusula general han sido numerosos y, como es sabido, no han llegado a convertirse en Derecho vigente, lo que contrasta con que prácticamente todos los especialistas en la materia hayan sido o sean partidarios del reconocimiento de una cláusula general. No parece arriesgado afirmar que lo específicamente alemán en el modo de enfocar esta cuestión es la preferencia por ligar la responsabilidad objetiva a determinados objetos, instalaciones o sustancias peligrosas (medios de transporte, energías, explosivos, venenos, etc.), con tendencia a recurrir a una lista más o menos abierta de objetos potencialmente peligrosos. Es por tanto un modelo que gira en torno a objetos (en sentido amplio: instalaciones, sustancias, etc.), no actividades. Para lograr el deseado equilibrio entre flexibilidad –frente al principio de enumeración– y un mínimo de seguridad jurídica, la mencionada cláusula se combina con una enumeración representativa de los objetos peligrosos a los que ligar esa responsabilidad.

La tendencia que más partidarios parece haber sumado hasta ahora es la marcada por los *Restatements* norteamericanos y su cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas, que ha influido en el Proyecto Suizo del 99 (ya abandonado), el Proyecto austriaco o los PETL, y que guarda también un cierto parentesco con la aplicación jurisprudencial del artículo 2050 del Codice, a pesar de las notables diferencias entre la fórmula de aquéllos y el tenor literal de éste. Aunque la cercanía con el planteamiento alemán es claro, aquí se pone el acento en los requisitos para que una «actividad» pueda considerarse anormalmente peligrosa, y no tanto en enumerar los objetos peligrosos ligados a la cláusula residual. Con todo, hay que reconocer que –salvo en el caso italiano y su doctrina jurisprudencial– tampoco hablamos de Derecho positivo vigente.

Finalmente, como tendencia más restrictiva en la aceptación de la responsabilidad objetiva, encontramos el modelo inglés. Como se ha visto, la regla inicial de *Rylands v. Fletcher* fue evolucionando en sentido restrictivo, hasta la declaración de la *House of Lords* –en *Cambridge Water v. Eastern Countries Leather* de 1994– de que, como regla, la tarea de establecer una responsabilidad objetiva para actividades de alto riesgo es más propia del Parlamento que de los Tribunales, pues las leyes garantizan con mayor seguridad la identificación de los ámbitos afectados y pueden establecer los criterios de imputación y alcance de dicha responsabilidad. No se trata de una postura minoritaria. En Holanda se acepta que, aunque no haya inconveniente en mostrar cierta simpatía por el planteamiento teórico de una cláusula general –quien crea un riesgo extraordinario en beneficio propio debería responder del daño que cause con él–, la introducción en el ordenamiento de una regla abierta no resulta cómoda, fundamentalmente por motivos

²⁵³ PANTALEÓN, F., «Principles...», cit., pág. 7. WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 287.

prácticos, pues resulta muy difícil determinar cuáles serían las actividades merecedoras de ese trato; teniendo en cuenta que hay otras formas razonables de atender adecuadamente esos casos sin necesidad de abrir una puerta que introduce una indudable dosis de inseguridad, parece preferible no correr ese riesgo²⁵⁴.

No se encuentra lejos de este planteamiento la propuesta del DCFR, en el que la responsabilidad objetiva se limita a unos cuantos supuestos, los más significativos y comunes en la experiencia de los países miembros, y donde se omite la cláusula general, de manera que no se prevé cobertura legal para llegar a otros supuestos de responsabilidad objetiva fuera de los expresamente contemplados por el Draft o la legislación interna²⁵⁵.

Tras esta visión de conjunto, hay que reconocer que el éxito efectivo de las cláusulas generales ha sido desigual, y más bien moderado.

Desde otra perspectiva, también se ha puesto de relieve que la «polémica» en torno a una cláusula general por actividades anormalmente peligrosas ha podido quedar algo obsoleta. En Alemania fue objeto de un intenso debate en el *Karlsruher Forum* de 1963 y revivió con fuerza con motivo de los trabajos de una Propuesta de modernización de 1981, pero ya en 2006 G. Brügge-meier opina que la realidad que hay que considerar *–lege ferenda–* es mucho más compleja y variada que los fenómenos a los que presta atención la cláusula para actividades anormalmente peligrosas. Los mismos PETL reconocen que una cláusula-solución pequeña tendría un ámbito de aplicación notablemente reducido²⁵⁶.

En todo caso, y después de tantos años sin haberse llegado a soluciones legisladas, llama la atención lo numerosas y contundentes que son las opiniones y argumentos a favor de una cláusula general.

2. PRINCIPALES ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CLÁUSULA GENERAL

Ya conocemos la opinión de H. Koziol de que, para satisfacer una necesidad básica de justicia, la responsabilidad sin culpa debería ser «unitaria», o al menos estar unitariamente regulada, lo que solo se conseguirá mediante una cláusula general, pues no se puede controlar el número de fuentes de riesgo

²⁵⁴ DU PERRON, E./VAN BOOM, W H., «Netherlands», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 251 y 252.

²⁵⁵ Véase nota 86.

²⁵⁶ KOCH, B. A., *Principios...*, cit., págs. 134 y 135.

que surgen y no se puede pedir al legislador que actúe en cuanto surge una nueva²⁵⁷.

Para M. R. Will, si se parte de que la regla general es la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva una excepción, parece lógico que se deje al legislador la determinación de los supuestos excepcionales; pero si se concede a la responsabilidad objetiva la misma dignidad o el mismo rango que a aquélla, como entiende el autor, no se ve por qué no se está dispuesto a dotarla de una regla de carácter general²⁵⁸. No es esta, sin embargo, una opinión aceptada por todos; Canaris/Larenz opinan, como se vio al tratar del fundamento, que la responsabilidad por riesgo no tiene la misma virtualidad o capacidad de fundamentar la obligación de responder que la culpa²⁵⁹.

P. Widmer afirma que, para encontrar una respuesta adecuada a los riesgos inevitables de una civilización técnica que supere el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, no parece posible evitar la formulación de una norma general. Conformarse con un listado más o menos complejo de supuestos sería un paso atrás, una solución parcheada (en su expresión, un *patchwork*), con lo que tiene de inconsistente y desigual; en Europa no deberíamos permitirlo²⁶⁰. G. Wagner concede que no puede prescindirse de una cláusula general que descargue al legislador de una actividad apresurada y posibilite una adaptación flexible del Derecho de daños al progreso técnico. Pero también advierte de que deberían tomarse en serio las objeciones del BGH o de la *House of Lords*, en el sentido de extremar la necesidad de seguridad jurídica²⁶¹.

En los estudios sobre responsabilidad objetiva abundan los argumentos a favor de la cláusula general. A continuación se exponen los más importantes, a partir de la síntesis propuesta por H. Kötz en 1981²⁶²:

Es inevitable que las leyes especiales planteen problemas de contradicción valorativa, tanto a lo largo del tiempo como en un momento dado. Hay actividades tan peligrosas como las reguladas por algunas normas de responsabilidad objetiva que, sin embargo, no han recibido la atención del legislador; ¿no deberían recibir el mismo trato?

Desde una perspectiva anacrónica, en ocasiones la jurisprudencia ha rechazado la aplicación analógica de una ley especial de responsabilidad objeti-

²⁵⁷ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., pág. 236.

²⁵⁸ WILL M R., *Quellen...*, cit., pág. 245.

²⁵⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 606.

²⁶⁰ WIDMER, P., «Reform...», cit., pág. 174.

²⁶¹ WAGNER, G., *Grundstrukturen...*, pág. 286.

²⁶² KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1786.

va a un supuesto de hecho no previsto en la norma pero cercano al supuesto regulado –y todos estaríamos de acuerdo en que ha hecho «lo correcto»–, y poco después el legislador ha introducido una norma que hace responder objetivamente también en ese supuesto.

M. R. Will hace un planteamiento sincrónico: ¿qué ocurre con las situaciones análogas a las reguladas pero que se encuentran fuera de su ámbito de protección? El principio de enumeración, con la rigidez que le es propia, plantea problemas de desigualdad (hay riesgos equiparables que se juzgan de modo distinto) y de integración de lagunas que habría que cubrir acudiendo a la analogía (los riesgos equiparables no deberían someterse a la regla general, sino acudir a la regla especial por analogía, pues ésta se adapta mejor a la *ratio* por la que se debería hacer responder)²⁶³.

Cuando la jurisprudencia se encuentra con supuestos de riesgo elevado no contemplados por una norma de responsabilidad objetiva no suele acudir a la analogía para darles solución, sino que «se adapta» y acude a las reglas de la responsabilidad por culpa y, al hacerlo, utiliza a menudo «teorías» o «argumentos» que la acercan *de facto* a la responsabilidad objetiva, y termina por deformar o desnaturalizar –con argumentos forzados o singulares– la lógica subjetiva propia de aquélla; para evitar esto, más valdría acudir a la analogía, explicando con claridad la identidad de razón entre el supuesto enjuiciado y el supuesto de la norma de responsabilidad objetiva cuya aplicación analógica se pretende²⁶⁴.

Sin la flexibilidad que proporciona una cláusula general de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia se ve abocada a conseguir los mismos resultados elevando de forma poco razonable la diligencia exigible, hasta niveles imposibles de alcanzar; en realidad se termina por juzgar objetivamente bajo el ropaje de la culpa, y esto es peor que acudir a las normas de responsabilidad objetiva por analogía. Si el principio de enumeración no se flexibiliza, se multiplican las contradicciones valorativas y el uso forzado de la responsabilidad por culpa²⁶⁵.

El recurso a la analogía tiene también sus propios peligros, pues es el juez en cada caso el que tiene que afrontar el juicio de identidad de *ratio* entre el supuesto legal y el enjuiciado. Canaris/Larenz critican la pretendida analogía

²⁶³ WILL M R., *Quellen...*, cit., pág. 261.

²⁶⁴ Algo similar, pero desde la perspectiva contraria, es lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. Sería mejor aceptar que no deben aplicarse los criterios de una responsabilidad objetiva y trabajar en su propia sede los criterios de imputación subjetiva: el servicio de salud público no responde porque no incurre en culpa, no porque el paciente tenga el deber de soportar el daño.

²⁶⁵ KOZIOL, H., *Grundfragen...*, cit., págs. 233 y 234.

entre un «teleférico» y un «telesilla»²⁶⁶; entre nosotros sorprende que el artículo 1910 CC haya sido aplicado por analogía para hacer responsable a una discoteca de los daños causados por un objeto arrojado dentro del local (STS de 21 de mayo de 2001; RJ 2001/6464).

P. Widmer pone el acento en que una cláusula general conseguiría evitar el recurso a la analogía, ofreciendo una solución efectiva para las lagunas más evidentes, y evitando de este modo las contradicciones valorativas y desigualdades provocadas por el legislador²⁶⁷.

También suele añadirse que desde que aparece una nueva fuente de riesgo, o la posibilidad fáctica de explotarla lícitamente, hasta que el legislador reacciona y la dota de una regulación coherente, puede (y en ocasiones debe) pasar mucho tiempo; la cláusula general facilita que se legisle sin prisa y, desde esta perspectiva, podría contribuir a la calidad del futuro producto legislado. Por otra parte, tampoco parece razonable que toda nueva fuente de riesgo extraordinario deba desencadenar necesariamente la actuación del legislador.

En la síntesis que proponen M. Martín-Casals y J. Ribot se manejan ideas semejantes: un mosaico de leyes especiales provoca cierta inseguridad jurídica que, probablemente, no se encuentra justificada; la propia especialidad del principio de enumeración obliga a realizar –para cada norma– una exhaustiva labor de determinación del ámbito de protección, que no evita los problemas de desigualdad con los supuestos más cercanos; si se elude la analogía con otras normas de responsabilidad objetiva y se acude al sistema de responsabilidad por culpa, éste termina por desfigurarse; además, la cláusula general evitaría tanto la analogía como que el legislador tenga que ir por detrás de cada nueva realidad que surja. Por último, si ayuda a profundizar en el fundamento de la responsabilidad objetiva, quizá se consiga dar una visión unitaria de un conjunto de supuestos que, al menos a primera vista, no parece que tengan mucho en común²⁶⁸.

Son numerosos, por tanto, los argumentos a favor: superar el trato legislativo desigual respecto de riesgos equiparables, descargar al legislador de la necesidad de enfrentarse a la necesidad de legislar por cada riesgo elevado, evitar el tener que acudir a soluciones en el ámbito de la responsabilidad por culpa que, para ser justas, terminan por deformar la dinámica propia de esa responsabilidad, evitar la litigiosidad procesal en torno a la culpa, etc.

²⁶⁶ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 602.

²⁶⁷ WIDMER, P., «Reform...», cit., pág. 168.

²⁶⁸ MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT, J., «La responsabilidad objetiva...», cit., págs. 830 y 831.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE UNA CLÁUSULA GENERAL

Frente a las ventajas, que son variadas, el inconveniente tradicional opuesto a la cláusula general es prácticamente único: la falta de seguridad jurídica que causa la dificultad para delimitar con suficiente precisión el elemento principal «riesgo extraordinario»: ¿qué hace que un riesgo sea extraordinario? ¿Cuánto riesgo hace falta para que merezca tratarse con la responsabilidad objetiva?

En efecto, este ha sido siempre el argumento fuerte en contra de la cláusula general y el que lleva a Canaris/Larenz a defender que hay buenas razones para preferir el principio de enumeración: 1) la primera es que, fuera de la responsabilidad por culpa, existe una fuerte necesidad de seguridad jurídica, pues es fundamental que el que responde objetivamente lo sepa antes de decidirse a explotar la actividad de la que responde de ese modo, de manera que pueda decidir su estrategia: si se asegura o no, el nivel de actividad, etc.; 2) y la segunda, que el criterio de «peligrosidad» es vago e inseguro, es difícil convertirlo en una herramienta de precisión que permita separar con suficiente claridad los peligros ordinarios de los extraordinarios²⁶⁹.

En el seno del *European Group on Tort Law*, responsable de los PETL, surgieron importantes reservas por parte de varios países frente a la adopción de una cláusula general y la posibilidad de dar mayor libertad judicial en la determinación de las actividades peligrosas que den lugar a la responsabilidad objetiva. Las principales objeciones se centraban, en primer lugar, en la dificultad para determinar en qué debe consistir una «actividad anormalmente peligrosa». Para muchos, el mero hecho de que el riesgo no sea del todo evitable aunque se ponga toda la diligencia exigible y, por tanto, sin poder reprochar nada al responsable, no debería ser suficiente para hacer responder objetivamente; y tampoco sería suficiente la analogía con otros riesgos que han merecido este trato por parte del legislador. Por otra parte, se constata que hay riesgos extraordinariamente peligrosos que han pasado a formar parte de nuestra vida ordinaria, por lo que no parece que merezcan un trato diferente al general u ordinario. En segundo lugar, quedó patente un cierto temor ante el reconocimiento de un principio general y un abierto recelo frente a los jueces y el uso que pudieran hacer de éste²⁷⁰.

La gran objeción gira, por tanto, en torno a la inseguridad que genera la dificultad de determinar lo «anormal» o «extraordinario». Como reconoce

²⁶⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 601.

²⁷⁰ WIDMER, P., «Reform...», cit., págs. 174 y ss.

H. Kötz, partidario de la cláusula general, todos los intentos de formularla necesitan precisar el elemento «riesgo anormal» o «extraordinario», y hasta ahora las respuestas no han convencido, no han sido suficientemente operativas o claras. Sin embargo, entiende también que es una inseguridad asumible que la jurisprudencia tendría que ir aclarando paulatinamente²⁷¹. El rechazo de la cláusula general estaría justificado si la jurisprudencia, en su labor de concretar sus requisitos, no hiciera explícitos los criterios que aplica; pero eso no tiene por qué ser así y, en cualquier caso, sería mejor que la situación actual, en la que hace eso mismo pero de manera menos transparente, por hacerse en sede de responsabilidad por culpa. Dará seguridad saber que en algunos casos –los que la jurisprudencia subsuma en la cláusula– no hace falta la culpa, en lugar de la incertidumbre actual sobre cómo lograrán los tribunales, en el contexto de la responsabilidad por culpa, descargar al demandante de la prueba de ésta.

P. Widmer –también partidario de la cláusula general– asume que ésta no conseguiría un máximo de determinación y que necesitaría del correspondiente desarrollo jurisprudencial, pero entiende que este es un riesgo que habría que correr, pues aporta más ventajas que perjuicios: el beneficio principal es que la lógica objetiva operaría en su sede, que no es la de una responsabilidad por culpa deformada. Además, parece razonable que el juez no tenga que acudir a ésta para todo caso de riesgo extraordinario que no que esté previsto por una ley²⁷².

Ahora bien, para lograr esos objetivos, ¿cómo debería ser la cláusula? Y en concreto, ¿cómo debería delimitar el requisito «riesgo extraordinario»: al modo de los *Restatements* norteamericanos, que señalan algunos rasgos generales para caracterizar las actividades anormalmente peligrosas; al modo alemán, acudiendo a una lista más o menos abierta de objetos, energías, sustancias, instalaciones y –quizá– actividades; o quizá combinando unos criterios generales con una lista abierta de objetos y/o actividades?

4. PROPUESTAS DE CLÁUSULA GENERAL

Según la tradición alemana, como aprecian Canaris/Larenz, la responsabilidad objetiva se ligó inicialmente a determinadas fuentes de riesgo materiales o corporales (animales, vehículos a motor, sustancias, instalaciones, etc.),

²⁷¹ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., pág. 1790.

²⁷² WIDMER, H., «Reform...», cit., pág. 178.

y con el tiempo fue extendiendo su ámbito de aplicación también al entorno de algunas actividades anormalmente peligrosas²⁷³.

Para G. Wagner, en la determinación de los supuestos de responsabilidad objetiva cabría distinguir, a grandes rasgos, hasta tres escalones, de menos a más: en primer lugar, nos encontraríamos con la responsabilidad objetiva ligada a determinados objetos: instalaciones, sustancias, materiales, etc.; en segundo lugar, la responsabilidad objetiva que gira en torno a actividades anormalmente peligrosas, definidas según algunos criterios más o menos flexibles, estén o no ligadas a objetos concretos de aquellas características; y finalmente, en un tercer lugar, se plantea la posibilidad de aceptar una responsabilidad por la guarda de las cosas, al estilo de la jurisprudencia francesa, que el autor mencionado se apresura a rechazar. Como se ha puesto de relieve en la síntesis con la que comenzábamos el capítulo, (1) las propuestas alemanas suelen preferir la primera opción; (2) los PETL y los proyectos suizo y austríaco se inclinan por la segunda, al estilo de los *Restatements*; (3) la francesa se rechaza como solución generalizable; finalmente, quedarían los que entienden que no hace falta ninguna cláusula general²⁷⁴.

Entre los representantes de la tendencia alemana, H. Kötz –siguiendo a von Caemmerer– propone una cláusula general que a su vez se subdivida en tres tipos o grupos de casos:

- 1) una sub-cláusula para riesgos derivados de medios de transporte: si un ferrocarril, vehículo a motor, aeroplano, embarcación a motor u otro vehículo a motor que transporte personas o cosas causa, al desarrollar su actividad propia, daños a las personas (muerte, lesiones en el cuerpo o la salud) o a las cosas, el responsable del mismo debe indemnizarlos a la víctima;
- 2) una segunda sub-cláusula para riesgos derivados de energías, explosivos, venenos, sustancias o fuentes inflamables: en términos muy similares a la anterior; y
- 3) una fórmula residual para otras fuentes de peligro anormal en las que la causa del riesgo anormal no reside en las propiedades intrínsecamente peligrosas de ciertas cosas, sino en su facilidad para arder o explosionar, o para contaminar o corroer: se comprenden así casos en los que, a pesar de haberse puesto la diligencia exigible, pueden llegarse a producir importantes daños debido a un fallo no atribuible a negligencia del servicio, sino a las condiciones técnicas de un aparato, instalación, etc., o a la fatiga de los materiales. Esta fórmula serviría para incluir, por ejemplo, los accidentes causados por el mal funcionamiento de los semáforos, o de algunos aparatos propios del ámbito sanitario, como los aparatos de anestesia, de rayos X, etc.

²⁷³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 611.

²⁷⁴ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 288.

H. Kötz añade que una definición legal de «riesgo anormal» no aportaría mucho y quizá podría introducir excesiva rigidez en la consideración de los elementos a tener en cuenta para poder apreciar si concurre o no: grado de aceptación social del riesgo, posibilidad de limitar el riesgo con un comportamiento más diligente, dificultad para probar lo ocurrido en el ámbito de control y organización del demandado, etc.²⁷⁵

Para G. Wagner, el deseado equilibrio entre una cláusula general y la seguridad jurídica estaría representado por un modelo de lista abierta: el legislador debería elaborar un listado de las actividades de las que se responde objetivamente, con una cláusula que daría a los tribunales la posibilidad de decidir en supuestos análogos sobre la conveniencia de prescindir de la prueba de la infracción del deber de cuidado. Las ventajas de este modelo serían claras, pues los empresarios sabrían que responden objetivamente de tales actividades, los seguros obligatorios tendrían bases más seguras para el cálculo del riesgo y los eventuales afectados podrían acudir a la protección de un seguro; la jurisprudencia contaría con una «plantilla» para la valorar y apreciar la responsabilidad objetiva en la labor de subsumir fuentes de peligro análogo al de las fuentes de la lista, y tendría en su mano decidir sobre cuestiones nuevas incluyendo cierta actividad en la lista, o haciendo una lista de actividades excluidas²⁷⁶.

Otros autores –Deutsch, Will– son partidarios de que la responsabilidad objetiva alcance no solo a los riesgos ligados a fuentes de riesgo representadas por objetos peligrosos (instalaciones, sustancias, etc.), sino dependientes de actividades peligrosas, entre las que son partidarios de incluir algunos deportes (paracaidismo, salto de trampolín, esquí, patinaje sobre hielo o alpinismo) o profesiones (acróbatas, médicos, físicos, algunos ingenieros, etc.)²⁷⁷. Frente a ellos, H. Kötz insiste en que la cláusula debería limitarse a objetos cuya explotación genere riesgos que no siempre es posible controlar mediante el comportamiento diligente exigible. Esta idea se complementa con la de que la responsabilidad objetiva no es para riesgos que una persona física pueda generar por sí –por sus propios medios–, pues para tales casos la regla es que responda si pudo evitar el daño con el comportamiento cuidadoso razonablemente exigible. En los verdaderos casos de responsabilidad objetiva –prosigue Kötz–, el riesgo no puede ser completamente evitado por la diligencia, y si no se prohíbe es porque existe un interés social en que ese riesgo se desarrolle de una mane-

²⁷⁵ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», cit., págs. 1798 y ss.

²⁷⁶ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 287.

²⁷⁷ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung...», cit., pág. 1797.

ra controlada. Pues bien, ese «factor social» claramente apreciable en los transportes o en las energías no concurre en los casos de deporte peligroso; en los casos de trabajo profesional, el umbral de la responsabilidad está delimitado por el cumplimiento de la *lex artis*. En otros casos, la responsabilidad objetiva se relaciona con la conveniencia de liberar a la víctima de la carga de tener que probar la culpa del demandado, cuando el daño se produce en un proceso industrial complejo, desconocido para la víctima y, por el contrario, interno al ámbito de control y organización del titular de la instalación o empresa que genera el riesgo. Este otro factor tampoco concurre en los casos de deporte peligroso. La inclusión en la cláusula de actividades deportivas o profesionales haría especialmente difícil la labor jurisprudencial de delimitar lo «anormalmente peligroso». A la jurisprudencia hay que proporcionarle fuentes determinadas de riesgo para que pueda proceder a una analogía cuidadosa²⁷⁸.

También Wagner comparte con Kötz la idea de que el riesgo que un hombre es capaz de crear por sí no debería considerarse en ningún caso anormal y que, por motivos de seguridad jurídica, conviene reducir las posibles fuentes de peligro a instalaciones y sustancias, conceptos suficientemente amplios para comprender los riesgos esenciales de la técnica (residuos, manipulación genética, etc.)²⁷⁹, sumándose así a la tradición inglesa y alemana de limitar la responsabilidad objetiva a instalaciones (*Anlagen*) y sustancias (*Stoffe*) especialmente peligrosas²⁸⁰.

La solución «pequeña» que P. Widmer proponía para Suiza se encuentra más cerca de los *Restatements* y en ella la cláusula se liga a las actividades anormalmente peligrosas, no a un listado más o menos abierto de objetos, instalaciones o sustancias. Para determinar cuándo una actividad genera un riesgo anormal se acude a las ideas ya conocidas de que podría causar daños muy numerosos o muy graves, aunque se ponga toda la diligencia exigible, en su caso, profesionalmente exigible; asimismo, el peligro será especial si es equiparable a otros peligros que estén sujetos a la responsabilidad objetiva. En cuanto a la cuestión sobre qué debe considerarse «actividad peligrosa», Widmer opina que no debería considerarse «anormalmente peligrosa» la actividad que haya pasado a considerarse habitual o normal. Pero esto tampoco supone que cuando pasen a ser «ordinarias» deban pasar automáticamente a un régimen de responsabilidad por culpa. Así, hay casos en los que, a pesar de haberse llegado a la nota de normalidad, siguen concurriendo otros elementos pro-

²⁷⁸ KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung...», cit., pág. 1798.

²⁷⁹ WAGNER, G., «Grundstrukturen...», cit., pág. 290.

²⁸⁰ KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht...*, cit., pág. 199.

pios de la responsabilidad objetiva: el tren o el avión han pasado a ser un riesgo que todos estamos dispuestos a permitir y, desde esta perspectiva, habría que aceptar que no se trata de riesgos extraordinarios; sin embargo, siguen siendo actividades capaces de causar daños catastróficos que no resultan completamente controlables a base de diligencia, y estas notas podrían aconsejar que se responda de modo objetivo²⁸¹. Como se ha visto, el Proyecto austríaco y los PETL se sitúan en una línea muy cercana.

5. RECAPITULACIÓN

Entre nosotros no ha habido una inquietud doctrinal por incorporar una cláusula general de responsabilidad objetiva por riesgos extraordinarios, y las escasas opiniones vertidas sobre el asunto se han mostrado escépticas o contrarias a esta iniciativa²⁸².

No hay que hacer un especial esfuerzo para apreciar *prima facie* que el artículo 148 TR LGDCU no se sitúa en la tradición de las cláusulas generales de responsabilidad objetiva por riesgos extraordinarios, ni en la de la responsabilidad de empresa –si se considera que debería recibir un trato especial–, ni en la de la responsabilidad por productos defectuosos. Por este motivo, resulta forzado proponer que deba interpretarse bajo alguna de estas lógicas. Dejemos para el análisis de la jurisprudencia la última reflexión sobre cómo se debería enfocar su interpretación.

Tampoco se ha sentido la necesidad de armonizar una legislación especial atomizada y sectorial, y apenas se ha mencionado la conveniencia de que algunas de estas leyes formen parte de un cuerpo legal con vocación de generalidad como es el Código civil. Se ha dicho que «en el caso de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, su inclusión en el Código civil parece recomendable»; y además, que sería «sensato aprovechar la oportunidad para eliminar de una vez por todas lo poco de Derecho de consumo que tiene la regulación de productos, cuyo único punto de conexión con la protección de los consumidores es la limitación de su aplicación a los daños materiales causados por productos defectuosos “... siempre que éstos afecten a bienes... objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” (cfr. artículo 129, 1 TRLGDCU), y

²⁸¹ WIDMER, P., «Reform...», cit., pág. 174.

²⁸² DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., págs. 130 y ss. MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J. y SOLÉ J., «Spain», cit., pág. 316.

generalizarla a todo tipo de bienes dañados por productos defectuosos», algo que ya cuenta con ejemplos jurisprudenciales (STS de 30 de abril de 2008, RJ 2008/2686)²⁸³.

También conviene plantearse si sería deseable que otras leyes especiales de responsabilidad objetiva se integren en el Código civil, de manera que el panorama legislativo quedara simplificado. Si se trata de fuentes de riesgo verdaderamente excepcional, como puede ser la energía nuclear, o sectorial, como la caza, en cuya regulación se mezclan otros muchos aspectos además de la responsabilidad civil de quien explota esa fuente de energía, parece mejor que conserven su posición periférica en el ordenamiento.

Los riesgos «comunes» –como la circulación de vehículos a motor, cuya regulación contiene una notoria complejidad– podrían ser bien acogidos en un texto con vocación de ocuparse de los aspectos ordinarios del ciudadano, y hay que reconocer que la causación de daños con vehículos a motor lo es. La cuestión es que esa ley tampoco se limita a regular la responsabilidad civil, sino que trata de otras muchas cuestiones, y no parece fácil justificar que la responsabilidad civil quede en el Código civil y el resto de cuestiones «separadas», en su propia sede.

En el caso de la navegación aérea, parece claro que la integración en el Código civil parece desaconsejable, pues se trata de normativa sujeta a tratados internacionales y que, por tanto, no podría «homogeneizarse» o tratarse por el legislador nacional con la misma libertad con que actúa sobre otras materias.

Otra cosa sería plantear *lege ferenda*, por ejemplo, si sería deseable que las fuentes de energía o los servicios de transporte terrestre queden sometidos a unas reglas de responsabilidad objetiva comunes y que, por afectar a todos los ciudadanos, se incluyan en el Código civil. De una propuesta de este estilo para los transportes terrestres se tratará en el último capítulo, pero no según el modelo que se acaba de analizar. La cláusula general examinada aquí se ha propuesto en el contexto de tradiciones jurídicas distintas a la nuestra y, también por este motivo, pienso que no se adaptaría bien a la situación actual de nuestra responsabilidad civil extracontractual.

²⁸³ MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización»...», cit., págs. 63 y 64. Véase también PANTALEÓN, F., «Principles...», cit., pág. 7.

CAPÍTULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. LA «DOCTRINA DEL RIESGO»

Puede decirse que la «doctrina del riesgo» o «responsabilidad por riesgo» forma, en la jurisprudencia reciente del TS, un conjunto de afirmaciones que podríamos calificar de pacíficas o estables:

Hay dos ideas de fondo que aparecen con toda claridad en la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/3967; sobre un accidente de trabajo en el que un obrero quedó sepultado en la zanja en la que estaba cavando): en primer lugar, que el riesgo o peligro de una actividad, aunque sea considerablemente anormal, no es suficiente por sí solo para fundamentar la obligación de indemnizar los daños causados con aquélla; y en segundo, que para que se pueda prescindir de la culpa como elemento fundamentador de la responsabilidad hace falta una previsión legal:

«[c]on reiteración esta sala ha declarado que la aplicación de la *doctrina del riesgo* como fundamento de la responsabilidad extracontractual exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (SSTS de 6 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9636]; de 24 enero de 2003 [RJ 2003, 612]), circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, *siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad* (SSTS de 13 de marzo de 2002 [RJ 2002, 1890]; de 6 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 6745], entre otras). Se requiere, además, la

conurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC (LEG 1889, 27), *el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley* (S. 3-IV-2006); reproche que, como dice la Sentencia de esta Sala de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6745), ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumplen, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto».

Aunque el comienzo del párrafo parezca contemplar la posibilidad de que un riesgo considerablemente anormal sea fundamento de la responsabilidad para quien lo genera, a continuación queda descartado que pueda prescindirse del elemento subjetivo «culpa», salvo que así lo disponga la ley, asumiendo de este modo el postulado básico del principio de enumeración: todas las excepciones a la regla «no hay responsabilidad sin culpa» deben estar previstas por la ley.

Encontramos la que podría considerarse auténtica «cláusula de estilo» vigente en la materia, por ejemplo, en la STS de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/4034). Demandaba la viuda de quien había sido contratado por un club deportivo para reparar la verja de la pista de tenis; cayó de la escalera en la que realizaba su trabajo y murió a los pocos días. La sentencia de 1.^a instancia estimó la demanda y, entre las muchas consideraciones realizadas para imputar la responsabilidad –objetiva y subjetivamente– entendió que existía responsabilidad por riesgo, que el riesgo se había probado porque se cayó y falleció, que no había caso fortuito y que se debía responder por las teorías de la «culpa social», el «riesgo-beneficio» o la más moderna de la «garantía», además de porque entendió que concurría negligencia. Ante este cúmulo de disparates, la SAP estimó la apelación de la demandada, entendiendo que no se había demostrado la causa de la caída, ni el mal estado de la escalera o del suelo en el que ésta se apoyaba, ni era posible atribuir acción u omisión alguna (causalmente ligada con la caída) a la entidad, la actividad desarrollada por la víctima no podía considerarse de riesgo extraordinario, que por sí solo tampoco serviría como fundamento único de la obligación, sin acreditar el nexo causal con una acción u omisión determinante del daño. En este contexto, el TS *se autocita*, explicando que:

«[L]a jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS de 6 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 6745], de 17 de junio de 2003 [RJ 2003, 5646], de 10 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10724], de 6 de abril de 2000 [RJ 2000, 2508] y, entre las más recientes, de 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8541]) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. *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 éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole* (STS de 2 de marzo de 2006 [RJ 2006, 5508]). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados (STS de 22 de febrero de 2007 [RJ 2007, 1520])».

Como se aprecia en la cita, el afán de clarificar el papel que juega el riesgo en la responsabilidad civil va acompañado del esfuerzo por aclarar las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba de la culpa, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el efecto básico de la mencionada «doctrina del riesgo» es precisamente ese: no servir de fundamento a la responsabilidad, sino invertir la carga de la prueba del fundamento «culpa».

La STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007/4338), sobre una caída a la salida de un supermercado, explica el modo de entender adecuadamente la inversión de la carga de la prueba:

«[S]i 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 artículo 1.104 del Código Civil, 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 artículo 1902 del Código civil (SSTS 11 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8541]; de 22 de febrero 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* (art. 217.6 LECiv), y *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 (STS de 2 marzo de 2006 [RJ 2006, 726])».

Junto a esta modificación de las reglas de la carga de la prueba, el otro efecto típico de la doctrina del riesgo es la elevación de los estándares de diligencia exigible, precisamente por tratarse de ámbitos en los que la posibilidad de causar daños es mayor, lo que aconseja que las medidas de previsión para evitarlos también lo sean. Por ejemplo, la siguiente explicación:

«la existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y por ende, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico»

puede encontrarse tanto en un accidente de esquí (un esquiador cae y en su caída choca con un cañón de nieve artificial; STS de 9 de febrero de 2011, RJ 2011/1822), como en el impacto entre un submarinista y una embarcación de recreo (STS de 14 de marzo de 2011, RJ 2011/2771) o en el incendio de un remolque frigorífico (STS de 6 de febrero de 2012, RJ 2012/4983). Cuando concreta el alcance de ese mayor esfuerzo de diligencia que se exige a quien genera el riesgo, se dice –por ejemplo, en el caso de la embarcación– que:

«quien conduce una embarcación, habida cuenta del específico y extraordinario riesgo creado por su conducción –mayor que el propio de la práctica del submarinismo desde el momento en que el deportista asume su propia puesta en peligro, mientras que de la conducción de un barco se deriva un peligro para bienes ajenos–, debe agotar la diligencia que le marcan las circunstancias en aras a evitar un accidente con otras embarcaciones o con bañistas», y aquí se mencionan la velocidad a la que navegaba, la distancia respecto de la zona de baño, etc.

La doctrina del riesgo no siempre ha ofrecido este panorama, digamos, ortodoxo. Hubo, por ejemplo, un intento de construir un «concepto moderno» de culpa para conductas que, sin ser antijurídicas, resultarían «culpables» en virtud del resultado dañoso, o se apreciase en ellas un reducto de «voluntariedad» (y en consecuencia, de reprochabilidad), sin llegar a dar el salto a una responsabilidad por mera causación a partir de una actividad de riesgo. La STS de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8534) recoge esta idea para resolver el caso de una trabajadora que contrajo cierta enfermedad durante los años en que trabajó para la empresa demandada:

«Frente a lo afirmado en la instancia, de que no concurrió o no se probó conducta culposa en el empresario es de mantener, por el contrario, 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 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. Y así ocurrió en el caso debatido en el supuesto de la recurrente al trabajar en un ambiente contaminado como consecuencia de la deficiencia o inexistencia de las medidas precautorias y de seguridad a que tenía derecho, según el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Evidentemente la entidad demandada creó una situación de riesgo, de la que ha de responder, ya que es un peligro puesto por sí misma, que lleva consigo una responsabilidad por sus consecuencias lesivas para otras personas, aunque represente una empresa o explotación permitida. Por ello la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo *principio de la responsabilidad por riesgo* o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos. Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; *en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado.*»

El primer párrafo hace referencia a una especie de culpa por desvalor de resultado, propia de conductas lícitas y, por tanto, no antijurídicas en el sentido clásico; y el segundo, a que la responsabilidad por riesgo no puede prescindir de un reducto de «voluntariedad», como si al realizar esas actividades peligrosas el que las lleva a cabo asumiera la posibilidad de causar daño (a pesar de llevarlas a cabo con la diligencia exigible) y, en su caso, la obligación de indemnizarlo. Aunque la explicación es poco afortunada, la STS de 22 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5681) utiliza las mismas ideas en un caso en el que los trabajadores demandantes habían perdido sus puestos de trabajo por la destrucción de la factoría en la que trabajaban; la destrucción obedeció a la negligencia de otros empleados, que fueron demandados junto con la empresa. El TS invoca la mencionada doctrina (con cita de sentencias posteriores que también la utilizan) y declara –de manera sorprendente– que:

«es evidente que si a resultas del incendio acaecido en la factoría de la Empresa el día 15 de octubre de 1973, los actores perdieron sus puestos de trabajo y, al margen de que el siniestro no fuera constitutivo de ilícito penal, o no influyesen acaso incumplimientos de los empresarios en orden laboral en su relación de trabajo, sino, que como se dice, por ese evento, en el que, desde luego, en nada participaron los citados trabajadores, *habrá de tenerse en cuenta una especie de responsabilidad por riesgo atribuible a la empresa, al producirse una extinción imputada de sus puestos de trabajo*, con los consiguientes menoscabos de quienes, por ello, quedan cesantes en su ocupación laboral, produciendo lo así efectuado, la privación de su sustento económico, aparte de los quebrantos anímicos por esa inseguridad e incertidumbre laboral, con el lastre de la disminución de sus ingresos dinerarios, aunque disfrutasen de la situación de desempleo, siendo todo ello, circunstancias que, en su conjunto han de operar como presupuestos integradores de los daños y perjuicios reclamados, así como de la consiguiente «minoración salarial» sufrida durante ese período de cesantía por lo que, procede tutelar ese desamparo a cargo del codemandado.»

Encontramos todavía un eco de esa «voluntariedad» en la STS de 15 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7232) –ya citada en el primer capítulo–, que es buena muestra de confusión entre las lógicas culposa y objetiva. Como quizá se recuerde, la empresa demandada había desviado el cauce natural de un río para beneficiarse de la corriente, y una tormenta produjo un corrimiento de tierras que hizo desbordarse el cauce y anegó las fincas de los demandantes, causando importantes daños. Ahora nos centraremos en la argumentación:

«La doctrina jurisprudencial más moderna considera que la *responsabilidad por riesgo* responde a las exigencias de los tiempos actuales y *no puede decirse que en muchos casos se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño* (Sentencias de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9053], de 14 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 8981] y 17 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8642]). Dicha responsabilidad por riesgo acreditado es exigente en línea cuasi-objetiva, lo que presupone una actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto, por lo que resulta procedente a estos casos aplicar el artículo 1902 del Código Civil (Sentencias de 5 de febrero de febrero de 1991 [RJ 1991, 991], de 8 de abril de 1992 [RJ 1992, 3187], de 10 marzo de 1994 [RJ 1994, 1736] y de 8 de octubre de 1996 [RJ 1996, 8060]), ya que quien crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia (Sentencia de nueve de julio de 1994 [RJ 1994, 6302]).

La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado

(Sentencias de 24 de enero de 1992 [RJ 1992, 207] y 25 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1554], de 22 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7018] y 20 de junio de 1994 [RJ 1994, 6026]) y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente. Conforme declara la sentencia de 12 de julio de 1994 (RJ 1994, 6390), partiendo de la efectiva causación de daños, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarle del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión propia capaz de originarlo. La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta Sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolló el agente».

Aunque del final del primer párrafo podría deducirse que el TS acepta el riesgo como verdadero fundamento de la responsabilidad, poco antes ha dejado claro, y más adelante lo corrobora, que se trata de desplazar la carga de la prueba de la culpa y de ser rigurosos con la prueba de la diligencia por parte de quien crea el riesgo. Al menos en su literalidad, da al demandado la posibilidad de probar que su conducta fue diligente y, de este modo, liberarse de la responsabilidad; ahora bien, si en ese exigir «agotar los medios» para evitar eventuales daños no sirven de referencia determinados niveles razonablemente exigibles de diligencia (siempre se pudo hacer algo más), se estaría equiparando *de facto* esta situación y la de la responsabilidad objetiva.

En ocasiones las mismas expresiones pueden inducir a error, como cuando la STS de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/1699) afirma que «sólo cabe acudir a títulos de imputación de la responsabilidad basados en criterios distintos al subjetivo, con la subsiguiente consecuencia en el orden procesal de la inversión de la carga de la prueba, en los casos en que exista una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios»; si el riesgo fuera un verdadero título de imputación de la responsabilidad distinto de la culpa, no tendría sentido que la consecuencia jurídica por apreciarlo fuera la inversión de la carga de la prueba *de la culpa*; a pesar del espejismo verbal, la culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad y lo que hace el riesgo es venir en ayuda de la víctima para facilitar su prueba.

Otra línea jurisprudencial, tan confusa como la anterior, recurre a una poco afortunada explicación sobre la «antijuridicidad» (como pretendido requisito de la responsabilidad civil) de los actos lícitos que no desarrollan la diligencia exigible aunque cumplan con la normativa aplicable, en tanto la existencia del daño pone de relieve que la diligencia «no se hallaba completa». En un supuesto de inmisiones excesivas, que podía haberse resuelto «objetivamente» con el artículo 1908-3.º CC, la STS de 17 de marzo de 1981 (RJ 1981/1009) se sirve del siguiente razonamiento:

«Que la relación o juicio de antijuridicidad, aludido en la Jurisprudencia de este Tribunal como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual (SS de 10 y 25 de octubre de 1968), (RJ 1968/4271 y RJ 1968/4796), no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una determinada norma jurídica, en el caso concreto a las normas que para el funcionamiento de la instalación fabril exige la normativa vigente, ya que según reiterada doctrina de esta Sala –SS de 25 de marzo de 1954 (RJ 1954/1001), 11 de marzo y 13 de diciembre de 1971 (RJ 1971/5232), entre otras– cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia; de ahí que la antijuridicidad, como requisito de esta clase de responsabilidad, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos; o, desde otro punto de vista, algunos Códigos extranjeros, como el austriaco, el alemán y el suizo y también el italiano y el portugués, identifican la antijuridicidad de una conducta con la ilicitud o injusticia en el obrar, incluyendo en ella no sólo lo que es “*contra ius*”, sino además lo «no justificado» (“*non iure*”), y aunque nuestro C. Civ., siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían, y por ello, como declaró ya la S. de 14 de mayo 1963 (RJ 1963/2699), refiriéndose a la de 23 de diciembre de 1925, no puede estimarse lícito el hecho de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial cuando hay medios técnicos para evitarlo; puesto que, aun en casos de funcionamiento de una industria previas las precauciones señaladas en los reglamentos, su ejercicio ha de guardar el debido respecto a la propiedad ajena, de modo que debe indemnizar a los perjudicados por los daños anormalmente derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar más que en la antijuridicidad del acto que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad, ha de verificar las instalaciones precisas para evitar los daños acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, pudiendo incluso el perjudicado, según se declaró en sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4747), reaccionar contra la causación del deterioro instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo y para que se adopten medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales: SS de 23 de diciembre de 1952 (RJ 1952/2673) y 5 de abril de 1960 (RJ 1960/1670).»

Utiliza esta misma argumentación la STS de 31 de enero de 1986 (RJ 1986/444), sobre los vertidos al río por parte de una empresa que habían causado la muerte de algunas reses que abrevaban cerca.

Aunque no sea este el momento de entrar en el conocido debate sobre la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil²⁸⁴, el texto elegido es buena muestra de por qué la antijuridicidad no debería considerarse presupuesto de la pretensión indemnizatoria. Si se aceptara sin reservas el razonamiento transcrito, sería fácil llegar –o difícil evitar que se llegara– a conclusiones que deben rechazarse: una cosa es que el cumplimiento de los reglamentos no sirva como prueba de haber actuado con la diligencia que resultara exigible, en lo que hay que estar de acuerdo con la sentencia (y con otras muchas en materia de emanaciones contaminantes: SSTS de 28 de abril de 1992, RJ 1992/4466; 31 de mayo de 2007, RJ 2007/3431, que trata de la concesión de una autorización administrativa y la obligación de indemnizar el daño causado en el ejercicio de la actividad autorizada; 28 de abril de 1992, RJ 1992/4466, etc.); y otra pretender que la mera existencia del daño demuestre o permita deducir que se pudo y debió actuar de un modo más diligente, en concreto, de la manera que hubiese evitado el daño, prescindiendo por completo de si esta conducta es razonablemente exigible al demandado. Esto puede apreciarse, por ejemplo, en la STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997/2743), sobre emanaciones contaminantes procedentes de una fábrica de productos químicos, en la que el TS concluye que «lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros»: el daño como prueba irrefutable de la negligencia. También argumentaba así la SAP recurrida y casada por la STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010/4337), de la que se dice que «no se comparte su razonamiento de que hubo negligencia porque la propia caída “demuestra que faltaba algo por prevenir”, argumento que en la práctica equivale a apreciar una responsabilidad objetiva o por un resultado que no tiene encaje en el artículo 1902 CC». En efecto, se trata una postura que, de hecho, consigue objetivar la responsabilidad, pero a costa de romper las reglas de juego de la responsabilidad por culpa y sin las ventajas de los supuestos legales de responsabilidad objetiva: determinación del fin de protección de la norma, de las causas de exoneración, etc. También lo rechaza la STS de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/6285) en un accidente de tractor en el que fallece un obrero, y en el que se prueba que el tractor carecía de las medidas de seguridad exigidas por la normativa vigente. En ella dice el TS que:

²⁸⁴ En el que sigo a PANTALEÓN, F., «Comentario del artículo 1902 CC», cit., págs. 1993 a 1995.

«no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder *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 y 1903 CC (SSTS 16 de octubre de 2007 [RJ 2007, 7102]; 23 de julio de 2008 [RJ 2008/4622]). (...) lo que la sentencia dice es que se omitieron determinadas medidas pero sin razonar acerca de cómo estas omisiones, reglamentarias o no, de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, propiciaron el riesgo de un resultado jurídicamente desaprobado al ser este previsible en el curso normal de los hechos dadas las características del tractor».

La sentencia entiende que si se desconocen las causas del accidente, se ignora también qué normas, entre las infringidas por los demandados, han resultado relevantes en la causa del accidente. Y concluye: «En definitiva, la sentencia parte de la existencia de un daño y de una causalidad simplemente especulativa e insuficiente para fundamentar una responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC».

Si se traen aquí estos intentos de crear doctrinas acudiendo a conceptos distintos de culpa o antijuridicidad, es para dejar claro hasta qué punto la llamada teoría del riesgo ha servido para desarrollar ideas confusas y poco prácticas sobre el papel que el riesgo debe jugar en la responsabilidad civil, lo que no ha contribuido a ofrecer un panorama nítido del quehacer jurisprudencial. Desde esta perspectiva, resulta loable que la tendencia actual sea otra y se haya dado prioridad a la necesidad de proporcionar algunas claves seguras de interpretación que podrían sintetizarse como sigue:

— el riesgo, aunque sea extraordinario, no es un título o fundamento que haga nacer la responsabilidad por daño extracontractual del artículo 1902 de CC; las excepciones a esta regla general necesitan reconocimiento legal.

— la presencia de riesgos extraordinarios (junto al daño desproporcionado o a la falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole) puede dar lugar a la inversión de la carga de la prueba (de la culpa); en realidad, se trata de aplicar el principio de proximidad o facilidad probatoria, o de una inducción basada en la evidencia;

— el riesgo de causar daños graves en el desempeño de determinadas actividades provoca la necesidad de elevar los estándares de diligencia exigibles al demandado.

En relación a otros asuntos que han sido objeto de estudio en capítulos anteriores, hay que señalar que el TS español, al menos hasta ahora, no ha

elaborado un criterio jurisprudencial para establecer cuáles son los riesgos que activan la «doctrina del riesgo», esto es, cuándo se puede hablar de un riesgo extraordinario. Álvarez Lata observa que, «analizando la copiosa jurisprudencia al respecto, actividades empresariales no peligrosas que quedan al margen de la doctrina del riesgo son, por ejemplo: prestación por las entidades bancarias de servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de cajeros automáticos, actividades comerciales abiertas al público –peluquería, restauración–, el almacenamiento de productos, siempre que éstos no sean peligrosos –zapatos, aceite; pero sí las materias textiles, por su inflamabilidad–, realización de obras de excavación empleando maquinaria apropiada y necesaria para la construcción de un inmueble, práctica de pesca deportiva, entre otras»; por el contrario, «sí se han entendido especialmente peligrosas o generadoras de riesgo las siguientes actividades: transporte, almacenamiento de productos o sustancias peligrosas, minería, suministro de energías –eléctrica, gas butano...–, mantenimiento de ascensores, explotación u organización de actividades lúdicas..., entre otras»²⁸⁵. Lógicamente, en caso de apreciarla no se plantea ninguna cuestión ulterior en relación a los bienes jurídicos protegidos, los límites indemnizatorios o las causas de exoneración; se aplican en todo las reglas generales de la responsabilidad por culpa (aunque sea presumida).

Sin embargo, los problemas que plantean los riesgos extraordinarios en relación con la responsabilidad extracontractual difícilmente se dejan simplificar en estos pocos trazos: ¿se trata simplemente de dejar al demandado con la carga de probar su diligencia, que además ha sido convenientemente elevada? ¿esta es toda la contribución de la jurisprudencia española a la responsabilidad por riesgo, a esta parte de responsabilidad por culpa?

Para ahondar en el contenido de la «doctrina del riesgo» interesa considerar algunas otras SSTs, más interesantes, como la de 28 de julio de 2008 (RJ 2008/7253), que trata del accidente sufrido por un joven que pretendió acceder a un vagón del ferrocarril metropolitano de Barcelona –parece que cuando ya estaba iniciando la marcha–, y que sufrió graves lesiones. La sentencia ofrece una explicación satisfactoria sobre el modo de entender el riesgo en la responsabilidad extracontractual del Código civil:

«Antes de entrar en el examen del caso procede señalar en sede de principios que ciertamente el transporte por ferrocarril supone una actividad generadora de riesgo lesivo, y como tal exige una gran atención y cuidado por quienes tienen encomendada la gestión y control de la utilización de sus elementos, mó-

²⁸⁵ ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», cit., pág. 1329.

viles y fijos, pero tal apreciación, y la consiguiente aplicación de la *doctrina del riesgo*, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, *se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio*. Sin embargo, 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 la 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. Es por ello por lo que, aunque de necesaria concurrencia, no es suficiente la mera causalidad física para que se pueda declarar la responsabilidad civil, sino que es preciso, además, que, en un juicio de causalidad jurídico, conforme a las reglas del buen sentido, se pueda atribuir (cargar en la cuenta) el resultado a la entidad titular del servicio generante del riesgo. Para esto se requiere, dado que estamos en el ámbito del comportamiento negativo -de la omisión-, que de algún modo conste, por muy simple que sea, qué es lo que se omitió que no omitido habría evitado el accidente lesivo, o, incluso, que, generado un riesgo, no se dé una explicación razonable del porqué del resultado dañoso; quedando excluida la responsabilidad cuando la causa exclusiva del accidente obedeció a fuerza mayor o la conducta de un tercero ajeno o del propio accidentado (prohibición de regreso), porque entonces el riesgo abstracto del transporte ferroviario queda absorbido, y anulado, por el riesgo concreto y culpable creado por la conducta del accidentado.

Aplicando la doctrina anterior al caso que se enjuicia resulta que, si bien concurre la causalidad física o material (...), sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de ningún tipo a la empresa titular del ferrocarril, y sí, en cambio, hay base suficiente para entender que el accidente se produjo por la conducta única y gravemente negligente del accidentado usuario del servicio, el cual junto con otro joven se empeñó en una carrera por los túneles del subterráneo y en tanto su compañero, más rápido, consiguió acceder al tren antes de que se cerraran las puertas, el aquí demandante llegó al andén cuando el tren había cerrado las puertas y reanudado la marcha, no pudiendo detener su carrera antes de impactar con el convoy y sin que pudiera ser advertida su presencia en el andén por el conductor antes de arrancar la unidad. *Es cierto que, como dice la resolución recurrida, nos hallamos ante la explotación de una empresa «peligrosa» pero ello no es suficiente para fundamentar una responsabilidad*. (en tal sentido, y en relación con arrollamiento de tren las recientes Sentencias de 30 de abril de 2003 [RJ 2003, 3739], 5 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8904], 6 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1215]), y aún cuando en la propia resolución se habla de que la misma [la empresa] actuó negligentemente, e incluso con mayor eficacia causal y que omitió los sistemas de seguridad adecuados para impedir el resultado, no obstante se

desconoce cuáles son las medidas de seguridad omitidas que pudieron prevenir un accidente como el de autos, pues la sentencia no las indica, el demandante tampoco las señaló, pues ni siquiera compareció a oponerse en la casación, y tampoco se advierte cuáles pueden ser las que corresponderían en relación con las características del servicio de transporte de viajeros, y si bien siempre cabría imaginar algunas previsiones, no serían practicables sin repercutir en la utilidad y eficacia del servicio para todas las personas que adoptan un comportamiento normal y no se exponen a eventos como el de autos. Por lo expuesto, y porque no se advierten unas medidas viables y realistas para poner remedio a las circunstancias a que se refiere la resolución recurrida (evitar el acceso al andén de un viajero en la situación narrada; que el conductor no pueda advertir la proximidad del mismo una vez introducida la máquina en el túnel; la caída a la vía con el tren en marcha; y que éste continúe su avance acaecida aquélla, por no advertir el hecho el conductor) como determinantes de la negligencia de la empresa demandada, aparte de que no resulta justificable imponer mecanismos en las instalaciones que acarrear un sacrificio desproporcionado para los usuarios normales, creándoles trabas, molestias, dificultades de utilización y retraso en el servicio con detrimento de su efectividad, simplemente con el único fin de proteger la actuación negligente, irreflexiva o descuidada de los que no utilizan correctamente aquéllas y no tienen en cuenta las características del servicio, y su peligrosidad, es por todo ello por lo que procede estimar el motivo primero del recurso haciendo innecesario el examen del segundo.»

Conviene destacar la afirmación de que es necesario que «de algún modo conste, por muy simple que sea, qué es lo que se omitió que no omitido habría evitado el accidente lesivo, o, incluso, que, generado un riesgo, no se dé una explicación razonable del porqué del resultado dañoso; quedando excluida la responsabilidad cuando la causa exclusiva del accidente obedeció a fuerza mayor o a la conducta de un tercero ajeno o del propio accidentado (prohibición de regreso), porque entonces el riesgo abstracto del transporte ferroviario queda absorbido, y anulado, por el riesgo concreto y culpable creado por la conducta del accidentado». Siendo un planteamiento adecuado, presenta sin embargo la cuestión de que, si hay que probar «qué es lo que se omitió» por el demandado, esto es algo que corresponde probar típicamente al demandante; en tanto que la «explicación razonable del porqué del resultado dañoso» –o mejor, de que el daño no obedece a su culpa– es algo que corresponde típicamente al demandado, bien porque se presume su culpa y ha de exculparse, bien porque responde objetivamente y solo se exonera por fuerza mayor, conducta de la víctima o de un tercero.

Tampoco queda del todo aclarado si al demandado se le permite exonerarse probando que se comportó con la diligencia exigible, aunque no fuera suficiente para evitar el daño. Si entendemos literalmente que las únicas causas de exoneración son la fuerza mayor y la conducta de la víctima o de un tercero,

lo cierto es que estaríamos ante el modo de comportarse de la responsabilidad objetiva. Por eso es preciso entender la explicación en su conjunto: para eximirse de responsabilidad el demandado necesita destruir la presunción de culpa que recae sobre él, por ser quien ha generado el riesgo que se ha actualizado en un daño. En el caso la solución llega no porque el demandado logre probar su diligencia, sino porque el daño era atribuible exclusivamente a la víctima: la presunción de culpa del demandado se destruye con una causa de exoneración que vale tanto en la responsabilidad por culpa como en la responsabilidad objetiva.

También se reflexiona sobre la teoría del riesgo en la STS de 16 de octubre de 2007 (RJ 2007/7102). Se trataba de la eventual responsabilidad de quien había vendido cianuro potásico a un comprador que lo ingirió para suicidarse. Los familiares del fallecido demandaron a la vendedora de la sustancia. La sentencia ofrece una buena explicación sobre por qué en el caso no se podía apreciar culpa por parte de la vendedora. La recurrente alegaba también la «responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva», por tratarse de una actividad peligrosa (comercio con sustancias tóxicas), y la sentencia responde que:

«[e]ste 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 sí solos para fundar una responsabilidad subjetiva, ni cuasi-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*».

Aquí se deja claro que la responsabilidad por riesgo provoca la elevación del estándar de diligencia en proporción al riesgo potencial y se razona sobre el modo de hacerlo. También se acepta que el demandado puede liberarse probando su diligencia y, en efecto, en el caso se le exonera; el hecho de que la demandada hubiese adoptado con posterioridad a los hechos mayores precauciones al dispensar sustancias como la del caso no sirve como prueba de que su actuar fuera hasta entonces negligente. La sentencia utiliza además con profusión algunos criterios de imputación objetiva para corroborar que no procede imputar el daño al demandado. No niega que la actividad sea de riesgo, pero admite que

no cabía exigir otro comportamiento al expendedor de la sustancia, lo que resulta suficiente para no imputar responsabilidad a la vendedora.

En cuanto a la elevación de los estándares de diligencia producida por la «doctrina del riesgo», hay que reconocer que cuando la jurisprudencia menciona la obligación de «extremar» o «agotar» la diligencia parece estar indicando que la posibilidad de exonerarse es más teórica que real²⁸⁶. De hecho, cuando se expresa en esos términos no admite la prueba de la diligencia en descargo de la responsabilidad. Sin embargo, en ocasiones admite otras posibilidades:

En la mencionada sentencia sobre un accidente laboral por accidente de tractor, el estado en que se encontraba éste cuando se produjo el accidente ponía de relieve cierta negligencia en su conservación, pero como se desconocían las causas del siniestro (no se pudo reconstruir lo ocurrido), se afirma que no puede saberse cuál fue la negligencia del demandado causalmente ligada al evento dañoso. En la caída provocada por el intento de acceder al vagón del metro de Barcelona, se dice que el demandante no alega cuáles son las medidas de diligencia que, adoptadas por el demandado, hubieran evitado el daño y que, aunque siempre quepa imaginar mayor precaución, deber tratarse de medidas razonables que no entorpezcan el servicio que se presta. En otra sentencia que se verá enseguida, sobre dos jóvenes en ciclomotor que fueron arrollados por el tren en un paso a nivel, el TS entendió que la mala señalización de éste no tuvo ninguna relevancia causal en el siniestro. En definitiva, se exige que se muestre la relación causal entre la culpa del demandado y el daño, también en casos en los que se invocaba la aplicación de un precepto de responsabilidad objetiva y que finalmente se resolvían por culpa exclusiva de la víctima.

En la STS de 4 de octubre de 1994 (RJ 1994/7452), que aplicaba la LGDCU a los daños causados por la caída de la puerta de un montacargas, el TS parece aceptar que el demandado hubiese podido exonerarse probando que en la última revisión del montacargas (que se llevó a cabo según lo pactado y reglamentariamente establecido) no se pudo detectar el estado defectuoso del cable que se rompió: la prueba de una diligencia extrema hubiese exonerado al demandado, pues no pudo hacer más por evitarlo. Es una postura que recuerda algo al «caso fortuito» alemán o austríaco, que exime de responsabilidad cuando el daño no hubiese podido evitarse ni con la diligencia más extrema. La diferencia está en que este «caso fortuito» no exige que el demandado pruebe

²⁸⁶ ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad...», cit., págs. 1332 y 1333.

que desarrolló esa diligencia; basta que muestre que, aunque la hubiese cumplido, no hubiese evitado el daño; sin embargo, nuestro TS dice que solo la prueba de haber llevado a cabo esa diligencia hubiese exonerado al demandado. Por otra parte, todo parece indicar que en la argumentación del TS esa idea es más una afirmación retórica –da a entender que no hubiera podido probarlo de ningún modo– que un dar la oportunidad de probar un nivel razonable de diligencia.

En todo caso, se trata de argumentos bien traídos en el ámbito de la responsabilidad por culpa, luego también en el contexto de la «doctrina del riesgo», pero que carecen de sentido en el de una verdadera responsabilidad objetiva, donde el razonamiento del juez ha de ser otro: comprobar si el daño se produce dentro del fin de protección de la norma y, en caso afirmativo, que no concurren causas de exoneración; apreciar si concurre el fundamento de la responsabilidad objetiva es algo que ya ha hecho el legislador, no hace falta que el juez lo explicité cada vez que aplica una norma de responsabilidad objetiva. Por eso, si entendemos que la empresa que explota el metropolitano de Barcelona respondía objetivamente –*ex* artículo 148 TR LGDCU–, no hay por qué entrar a si debió haber adoptado otras medidas de seguridad; lo definitivo es que se apreció culpa exclusiva de la víctima. Por eso la diferencia fundamental entre la responsabilidad por culpa (aunque se le sume la doctrina del riesgo) y la responsabilidad objetiva se aprecia en casos de daño accidental, cuando no puede apreciarse culpa de la empresa explotadora del riesgo ni de la víctima. Con la doctrina del riesgo y la presunción de culpa del causante del daño, éste debería poder exculparse probando que actuó con la diligencia que resultaba exigible, o que concurría alguna causa de exoneración; sin embargo, si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, el demandado indemnizará el daño salvo que concorra alguna de éstas.

Para la interesante SAP Murcia de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2010/367986), sobre unos daños causados por voladuras con explosivos,

«la actividad desarrollada por la demandada, voladura de explosivos, es una actividad de riesgo (...). Ello no objetiviza en modo alguno la responsabilidad de la apelante, pero sí determina que si se acredita la relación de causalidad con los daños probados, la indemnización de los mismos corresponderá a cargo de la mercantil que ha generado el riesgo, *de la que sólo dejará de responder en caso de fuerza mayor o por culpa de la propia víctima del daño*».

La primera parte de la cita es correcta: las voladuras con explosivos no son un ámbito de actividad al que el legislador haya asignado la responsabilidad objetiva, luego se trata de un riesgo extraordinario que por sí no desenca-

dena ese modo de responder. Sin embargo, cuando a continuación describe las consecuencias que tendrá ese supuesto «no objetivo», presenta el panorama propio de la responsabilidad objetiva: probada la causalidad, la demandada solo podrá oponer las causas de exoneración típicas de ésta: fuerza mayor y culpa de la víctima. La sentencia no dice que la prueba de la propia diligencia exonere pero, por el modo de expresarse, parece dar a entender que no considera esa posibilidad.

En la SAP Pontevedra de 16 de septiembre de 2013 se observa también la dificultad para matizar cómo se comporta la teoría del riesgo. En esta ocasión, se demandaba por el 1902 CC a la empresa concesionaria de una autopista por los daños producidos en el accidente que tuvo el motorista demandante al chocar contra una piedra que se encontraba en la calzada. Dice la sentencia que:

«con base en el citado artículo 1902 Cc debemos distinguir en relación con la carga de la prueba dos situaciones. Por una parte corresponde a la parte demandante acreditar el hecho objetivo del siniestro en la forma relatada en la demanda, es decir, existencia de una piedra en la calzada; y, por otra parte, y una vez acreditado el hecho anterior, *incumbe a la parte demandada probar que tal hecho deba imputarse a tercero, por existir una objetivación de la culpa*, de tal modo que una vez probada la existencia del siniestro deberá acreditar que el mismo no puede atribuirse en modo alguno a su culpa o negligencia, activa u omisiva».

La «objetivación» de la culpa, esto es, la idea de que el supuesto de hecho (chocar con una piedra en la autopista) encierra en sí la culpa (el fundamento) necesaria para que prospere la pretensión indemnizatoria es, como ya se sabe, una explicación que no resulta extraña para los artículos 1908-3.º o 1910 CC, preceptos que no se duda en explicar como de responsabilidad objetiva. Sin embargo, la última frase no es clara: en un primer momento dice que, para exonerarse, la demandada deberá probar «que tal hecho deba imputarse a tercero», e inmediatamente después concede que también podría acreditar que el daño «no puede atribuirse en modo alguno a su culpa o negligencia, activa u omisiva». Parece, por tanto, que aunque la culpa haya quedado incorporada al supuesto de hecho, no se excluye la posibilidad de que el demandado pruebe que no ha habido una negligencia causalmente ligada al daño. La diferencia es notoria; en el primer caso estaríamos ante una verdadera responsabilidad objetiva; en el segundo ante una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y posibilidad de exculparse con prueba de la diligencia. Ahora bien, si resulta aplicable una norma de responsabilidad objetiva –pongamos que el 1908-3.º CC–, lo que añade es precisamente que, dado el supuesto de hecho, no se acepta la prueba de la diligencia en descargo de la respon-

sabilidad; las únicas causas de exoneración consisten en imputar el daño a fuerza mayor o a la víctima.

El supuesto gana en claridad si se tiene en cuenta que entre el usuario de la autopista y la empresa concesionaria existe una relación contractual, de aquí que la sentencia trate también de la obligación de mantenimiento de la autopista como parte de la obligación (de resultado, se dice) contractual de la concesionaria y, por tanto, que sugiera que hubo un incumplimiento del que ésta debía responder. Probablemente la mejor explicación de un supuesto así es la siguiente: el eventual accidente por mala conservación de la autopista (una vez probada) es un riesgo asumido al contratar por la concesionaria y, por tanto, algo de lo que ésta debe responder con o sin culpa, salvo fuerza mayor (art. 1105 CC) o culpa exclusiva de la víctima.

Como se ve por los ejemplos, la facilidad para utilizar la «doctrina del riesgo» como una herramienta que objetiva *de hecho* la responsabilidad es notoria. Pero también hay que reconocer que en algunos casos se podía haber invocado una norma de responsabilidad objetiva extracontractual (el artículo 148 TR LGDCU) o de responsabilidad contractual (riesgo asumido al contratar). La sentencia de las voladuras es un buen ejemplo de supuesto «objetivado».

Recapitulando hasta aquí, podría afirmarse que en la actual «doctrina del riesgo» del TS hay algunos trazos seguros e incontestables, bastante generales, pero a partir de ahí no es fácil saber, ni en general ni para los grupos de casos más habituales, cómo se comporta esa misma doctrina del riesgo en las cuestiones prácticas relevantes: quién deberá probar qué y por qué orden.

Para seguir avanzando, parece muy conveniente abandonar la perspectiva generalista que hasta ahora se ha mantenido y fijar la atención en grupos de casos –con notables diferencias entre sí–, según los supuestos de hecho más habituales en la jurisprudencia de nuestro TS.

2. GRUPOS DE CASOS

2.1 Pasos a nivel

La STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008/1703) trataba de un accidente en un paso a nivel: el tren impactó con un peatón que lo esperaba su en la única y estrecha plataforma que contenía el mencionado paso. Esta sentencia y un buen grupo de precedentes con ella afirman que «el consentimiento en mantener dicha situación de peligrosidad durante largo tiempo integra de por sí la situación de riesgo generadora de la culpa (sentencia de esta Sala de 25 abril

2002 [RJ 2002,5243]), que da lugar a 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»²⁸⁷. En el caso se apreció que el comportamiento de la víctima había contribuido al daño final en un 25%.

Llamo la atención sobre el final del razonamiento, pues una cosa es invertir la carga de la prueba de la culpa y otra muy distinta exigir la prueba de la culpa exclusiva de la víctima para que el demandado pueda exonerarse: es el salto que recorre la distancia entre la responsabilidad por culpa presunta y la responsabilidad objetiva. Una presunción de culpa que solo cede con la prueba de la culpa exclusiva de la víctima es algo que está mucho más allá de la lógica de la responsabilidad por culpa: nos hallaríamos ante una verdadera responsabilidad objetiva, aunque dentro de la retórica propia de la culpa y sin un texto que delimite el fin de protección de la norma o las causas de exoneración. Pienso que, por este motivo, los potenciales demandados preferirán –¿paradójicamente?– que una ley especial imponga el régimen de responsabilidad objetiva, pues al menos ésta ayudará a delimitar el fin de protección de la norma, las causas de exoneración y otros posibles límites en la protección concedida, y sabrán de antemano a qué atenerse.

La STS de 20 de febrero de 2008 (RJ 2008/5498) también enjuicia un accidente ferroviario en torno a un paso a nivel sin barreras y declara que «[e]n materia de accidentes de tren existe una jurisprudencia que considera que Renfe responde por razón del riesgo creado, especialmente en lo relativo al mantenimiento de pasos a nivel sin barreras». Podría parecer que la frase, aislada, supone una contradicción palmaria respecto de las pacíficas directrices sobre la doctrina del riesgo con que se iniciaba el capítulo. Pero como se acaba de exponer, en la jurisprudencia del TS el hecho de permitir la situación de peligro creada por el paso a nivel implica una «falta de diligencia que debe achacarse a Renfe al mantener un paso a nivel sin barrera, creando una situación especial de riesgo que el conductor no puede evitar». La recurrente alegaba que la única infracción que podía atribuirse al maquinista era «la de circular a una velocidad inadecuada» y que «la relación de causalidad (en la imputa-

²⁸⁷ La idea de que permitir una situación de peligro –por parte de la Administración pública– puede hacer nacer una responsabilidad por el daño que se genere en torno a ella se aprecia también en la STS de 2 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7909), en la que la Administración responde por haber autorizado una instalación eléctrica y haber permitido que continúe a pesar de no tener las medidas de seguridad exigibles, consonantes a la situación de riesgo creado, lo que supone una infracción del deber de vigilancia que tiene atribuido, aparte de que «la responsabilidad no se circunscribe a los supuestos de infracción reglamentaria».

ción de responsabilidad a Renfe) se rompe por la actuación del conductor del camión, que estaba cruzando la vía sin respetar la prioridad de paso que siempre tiene el tren, puesto que si este hecho no se hubiera producido, la velocidad incorrecta no habría provocado la colisión. Por ello, rota la relación de causalidad, no se puede imputar a la velocidad inadecuada la causación de la colisión». Sin embargo, el TS responde que una vez apreciada la culpa de la recurrente en relación al daño causado (la velocidad y la colisión), la alegación introducía un mero querer hacer supuesto de la cuestión. Como se ve, por tanto, tampoco se trata aquí de una responsabilidad por riesgo, aunque éste juegue un papel para estimar si la conducta del demandado fue negligente.

En la STS de 18 de febrero de 2010 (RJ 2010/1286), un ciclomotor en el que circulaban dos menores –de 15 y 16 años– resultó arrollado por un tren en un paso a nivel sin barreras ni semáforos. Los menores eran del lugar y conocían el paso a nivel; carecían de licencia para pilotar el vehículo. En el sentido del desplazamiento del ciclomotor la visibilidad del tren era buena, pero la señalización del paso a nivel, defectuosa. El tren circulaba a velocidad permitida. Los recurrentes invocan la responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo de Renfe y el TS responde que:

«[e]n materia de accidentes ferroviarios, especialmente los producidos por cruces de pasos a nivel, la jurisprudencia de las últimas décadas ha introducido paliativos en el principio de responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC, aplicando el principio de *responsabilidad por riesgo*. Sin embargo, se ha puntualizado que no queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento de la negligencia como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad. Se declara, en consecuencia, que si de la prueba practicada aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse su responsabilidad (SSTS de 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9242), 30 de abril de 2003 (RJ 2003, 3872), 6 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1215), RC n.º 971/2001). De esta jurisprudencia se infiere que en materia de accidentes ferroviarios, dentro de las modulaciones que impone el principio de responsabilidad por riesgo, se exige la concurrencia de los requisitos que establece el artículo 1902 CC para la existencia de responsabilidad extracontractual, entre ellos, la actuación negligente por parte del agente y la existencia de un nexo de causalidad entre su conducta y el daño producido. En el caso examinado, aun cuando puede advertirse la existencia de un defecto en la señalización, *no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad entre dicho defecto y el accidente producido*, según resulta de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, *de donde se infiere que falta uno de los elementos esenciales para la apreciación de una responsabilidad extracontractual*».

Aunque se aceptaba la existencia de cierta negligencia en la señalización del paso a nivel, la sentencia entiende que ésta no se encuentra ligada al daño.

Probablemente lo más relevante para entenderlo sea que la AP apreció que «la «defectuosa señalización» del paso a nivel (...) no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que, en expresión de la sentencia recurrida, la causa del accidente estuvo en «el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren»». En buena lógica «culpable», la sentencia explica que la demandada no responde porque no es apreciable en ella una culpa causalmente ligada al daño. En buena lógica «objetiva», se hubiese debido reconocer la responsabilidad de Renfe, para a continuación exonerar a ésta por culpa exclusiva de la víctima.

En una rápida síntesis, hay sentencias que deducen del supuesto de hecho (permitir la existencia de un paso a nivel en determinadas circunstancias) la culpa de Renfe, y en las que lo único que puede hacer la demandada para exculparse es probar la culpa exclusiva o concurrente de la víctima o la fuerza mayor. Sin embargo, en la última sentencia (de 2010) apenas se aprecia diferencia respecto de un supuesto ordinario de responsabilidad civil por culpa, y se exige que la falta de diligencia de Renfe esté causalmente ligada a la producción del daño. Lógicamente, los supuestos no son equiparables y habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodean cada paso a nivel y cada accidente, pero tampoco se aprecia en la jurisprudencia un esfuerzo para que se conozcan *a priori* las reglas del juego: en qué casos se entenderá que la culpa de Renfe queda embebida en el supuesto de hecho (cuándo un paso a nivel revela la culpa de quien permite que siga existiendo), o en qué casos se exigirá que la negligencia de Renfe esté causalmente ligada al daño. La inclusión de los servicios de transporte en el artículo 148 TR LGDCU no ha servido para decantar la solución a favor de una solución objetiva que no necesite probar la culpa de Renfe. Por el contrario, la sentencia más reciente entre las citadas inclina la balanza hacia la regla general de culpa.

2.2 Explosiones por fugas de gas

La STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9434) posee la singularidad de contar con un voto particular que «objetiva» el enjuiciamiento de los hechos. El texto del ponente es prolijo sobre la teoría del riesgo, la «objetivación» de una responsabilidad que no llega a emanciparse del principio de culpa, etc., para estimar finalmente que concurre la culpa de la demandada (Repsol) y la de la víctima, en una proporción del 40 y 60%, respectivamente. Por su parte, el voto particular de Gullón reprocha al texto de la sentencia la

extensa y confusa explicación, cuando lo que tenía que haber hecho es aplicar el artículo 28 LGDCU en clave objetiva para reconocer la responsabilidad de Repsol, como suministradora de una sustancia anormalmente peligrosa, y apreciar a continuación la culpa exclusiva de la víctima para exonerarle:

«La Audiencia sentenciadora, tras una exposición confusa de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, sobre la responsabilidad objetiva, la inversión de la carga de la prueba y responsabilidad por riesgo que nada o poquísimo tienen que ver con la cuestión litigiosa, sin percibirse de que la selección de la norma aplicable debía recaer indefectiblemente en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio, general, para la defensa de los consumidores y usuarios, no tiene en cuenta de modo racional y suficiente la actuación imprudentísima de la señora C. R. nada más que para imputarle una parte del total del daño producido, y que la sentencia frente a la que se formula este voto, justamente aumenta esa imputación. Sin embargo, la fundamentación de la condena de “Repsol Butano, SA” por la Audiencia se halla huérfana de todo apoyo porque: *a)* olvida la diferencia entre un suministro de gas ciudad y de bombonas de butano, por el grandísimo cuidado que ha de tener el usuario en su manejo en este último producto; *b)* olvida, repetimos, la conducta imprudente de la señora C.; *c)* olvida que el gas explotó, no como consecuencia de acumulación, sino porque la señora C. accionó la lavadora, conociendo ese fuerte olor a gas; *d)* que, por tanto, el hacer de la señora C. no puede considerarse racionalmente como una mera concausa, sino como palmaria y determinante causa única y exclusiva del suceso, ya que por sí misma la salida de gas no hubiera producido la explosión en las circunstancias descritas, ni hay por supuesto la más mínima prueba que acredite lo contrario.

En suma, debieron aceptarse en su integridad los motivos que denunciaban una infracción del artículo 1902 CC, por palmario error en la apreciación de la existencia del nexo causal, tarea esta susceptible de revisión por esta Sala según ha declarado siempre. A la misma conclusión se llega si se hubiera aplicado, como procedía, el artículo 28 de la citada Ley 26/1984, de 19 julio, que exime de responsabilidad al fabricante, productor o suministrador de un producto en caso de que el usuario no haya hecho un «correcto uso y consumo», y especificando el apartado 2 de aquel precepto el sometimiento al régimen de responsabilidad contenido en su apartado 1 “el gas y electricidad”».

El diferente enfoque es buena muestra de lo que está costando aceptar el «salto» que supone argumentar en clave objetiva. En lugar de hacer lo que propone el voto particular –acatar la regla objetiva dada por el legislador–, no es extraño encontrar en la aplicación de los preceptos que imponen la responsabilidad objetiva largas explicaciones, en ocasiones oscuras e innecesarias, sobre la responsabilidad objetiva, cuasi-objetiva y la doctrina del riesgo que tienden a resolver el caso «objetivamente» con las herramientas de la responsabilidad por culpa. Me sumo con gusto al voto particular para hacer notar que, en líneas generales, buena parte de la retórica sobre la teoría del riesgo y la

elevación de la diligencia exigible es innecesaria y ha supuesto durante tiempo el ropaje con el que se encubre un resultado objetivo (se responde sin posibilidad de que el demandado pruebe que su comportamiento no fue culposo en relación con el daño) sin necesidad de salir de la lógica culposa. Aunque la escasa calidad de los preceptos aplicables haya contribuido a esta actitud, no es algo que deba aplaudirse. La jurisprudencia no ha sido cuidadosa al plantear y responder a estas cuestiones, incluso cuando ha contado con un precepto que respaldara la responsabilidad objetiva. Si se trata de que el demandado responda sin entrar a si causó el daño con su negligencia, el razonamiento objetivo resulta mucho más claro: el demandado responde dentro del fin de protección de la norma, salvo que consiga probar que se trató de culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor; eso sí, necesita el respaldo de una norma. Fuera del ámbito legal de la responsabilidad objetiva (voladuras con explosivos, fabricación o almacenamiento de explosivos, conducción de energías no mencionadas en el artículo 148 TR LGDCU, etc.), habrá que aceptar las reglas generales y, en su caso, la inversión de la carga de la prueba de la culpa por riesgo extraordinario. Una jurisprudencia que solucione de modo satisfactorio estos casos haría completamente innecesaria la cláusula general, que entre nosotros tendría el cometido de ocuparse precisamente de estos supuestos.

Cuando se trata de repartir la responsabilidad entre el causante del daño y la víctima, es comprensible que el juzgador tienda a utilizar una herramienta que le permite medir por el mismo rasero el comportamiento de ambos y, desde esta perspectiva, que acuda a la culpa. En el plano de la responsabilidad objetiva, Repsol respondería por el riesgo creado, pero la víctima que ha contribuido a la causación del daño lo haría a título de culpa. Como los fundamentos de la responsabilidad son distintos, no resulta claro cómo debería valorarse la contribución de la víctima. Como se ha puesto de relieve, no hay por qué suponer que debería medirse de la misma manera que en la responsabilidad por culpa. Por eso el voto particular de la última sentencia mencionada vuelve a acertar en este punto: se responde salvo que la acción más significativa para la causación del daño sea la de la víctima, como ocurría en el caso.

La STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/ 4629), y otras muchas con ella, aprecian la responsabilidad civil de la empresa suministradora de gas por falta de diligencia en la conservación de las instalaciones y almacenamiento de bombonas de gas. La sentencia de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9363) razona de este modo:

«La conclusión es sencilla, porque, cualquiera que fuere la causa determinante del evento –la bombona o la instalación–, aunque la existencia del defecto en la primera es incuestionable al apreciarse la existencia de la fisura en el anillo

elástico para su ajuste en el regulador, es evidente que ha existido un comportamiento omisivo negligente por parte de la entidad CODIBSA, determinante de culpa “in omittendo” e “in vigilando”, y no ofrece duda alguna la concurrencia de un nexo causal adecuado o eficiente entre esa falta de diligencia y el resultado dañoso, y todo ello tanto más si se tiene en cuenta la necesidad de acentuar las medidas de seguridad, precaución y cuidado cuando se actúa con instrumentos o materias de gran riesgo, y susceptibles de causar graves resultados dañosos, con fácil previsibilidad. Por todo lo que, ni siquiera es preciso acudir para fundamentar la denominada responsabilidad extracontractual o aquiliana de CODIBSA a las doctrinas que, atendiendo a diversas consideraciones (riesgo, beneficio, singular protección del consumidor), predicán una objetivización, pues el caso enjuiciado se desarrolla dentro de la más pura doctrina subjetivista de la culpa.»

En la STS de 30 de julio de 1998 (RJ 1998/6926), que trata del incumplimiento de los reglamentos y de otras omisiones que podrían constituir culpa de la compañía suministradora del gas, se produjo una explosión por acumulación de gas butano en la dependencia destinada a cocina donde se hallaba instalada la bombona:

«Resultan hechos probados (...) que la demandada “Repsol Butano, SA”, en cumplimiento de su función controladora para mantener la seguridad de los productos de los que era suministradora, por medio de los Servicios Técnicos correspondientes y delegados, había efectuado una última revisión en fecha 23 de enero de 1987 y no practicó la correspondiente a los cuatro años, antes de dicha fecha del suceso, es decir, en enero de 1991. En la revisión del año 1987, así como en la anterior de 17 de marzo de 1983, se observaron defectos y deficiencias en el local donde se encontraba la bombona, y en la propia instalación. En la última inspección domiciliaria referida se le comunicó a los recurrentes, como usuarios, que en el plazo de tres meses debían de subsanar los defectos encontrados, no habiendo llevado a cabo éstos las reparaciones adecuadas. El suministro no se interrumpió en ningún momento, pues continuó prestándose hasta el día de la explosión y sin que “Repsol Butano, SA” acreditase haber realizado actividad alguna comprobadora de que las deficiencias se habían corregido.

Esta Sala de Casación Civil no acepta las conclusiones de los juzgadores de instancia, que si bien admiten que se instauró un riesgo, lo imputan a los recurrentes por haberlo asumido exclusivamente. A estos efectos ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponible, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el artículo 1902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga

de la prueba (SS de 13 de diciembre de 1990 [RJ 1990/10002], de 5 febrero de 1991 [RJ 1991/991], de 20 de enero, 11 y 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992 [RJ 1992/192, RJ 1992/1209, RJ 1992/1554, RJ 1992/3187 y RJ 1992/7018], de 10 marzo y 9 de julio de 1994 [RJ 1994/1736 y RJ 1994/6302] y de 8 de octubre de 1996 [RJ 1996/7059]), en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano, que impone el manejo de las bombonas al usuario y *por ello no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y hasta agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar*, lo que obligaba a “Repsol Butano, SA” no a la mera denuncia escueta y burocrática de las deficiencias detectadas, sino al seguimiento de que efectivamente se habían hecho desaparecer para llevar a cabo el suministro del butano con las más adecuadas condiciones de seguridad. Todo esto se presenta como medida de elemental prudencia y diligencia, pues la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el servicio de suministro continúa. Dichas probanzas en este caso no se han llevado a cabo, pues incluso, como queda ya dicho, la inspección que debería efectuarse en enero de 1991, y que sería próximo al accidente, no tuvo lugar, no obstante la constancia suficiente de los defectos que se habían advertido. (...) En el caso que nos ocupa, “Repsol Butano, SA”, conociendo perfectamente el riesgo potencial, se despreocupó por completo de comprobar si el mismo persistía o se había incrementado, como así sucedió, al producirse acreditada acumulación de gases, aunque no se haya podido precisar sus causas y origen, y con ello, ante un riesgo que existía, era suficientemente conocido y que resultó consolidado, se continuó con el suministro, a fin de obtener beneficio económico. De esta manera no cabe admitir completa liberación de culpa en la demandada de referencia, la que ha de apreciarse como concurrente con la de los actores del pleito, al no haber corregido ni rectificado las deficiencias de las que fueron oportunamente avisados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que declara que se da situación de culpas plurales convergentes por consecuencia la valoración de los distintos comportamientos confluyentes en la producción de los resultados dañosos, es decir, desde el lado activo del causante, como del pasivo de la víctima, que no llega a ocasionar la ruptura del nexo causal, lo que permite efectuar compensación económica de las responsabilidades y distribuir “*quantum*” (SS de 16 de enero de 1991 [RJ 1991/297], 7 de junio de 1991 [RJ 1991/4431], 27 de julio de 1992 [RJ 1992/6461], 13 de mayo de 1993 [RJ 1993/3545], 28 de mayo de 1993 [RJ 1993/4082], 5 de julio de 1993 [RJ 1993/5795], 1 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10359] y 23 de febrero de 1996 [RJ 1996/1587]), que en este caso, por reputarse culpas de igual intensidad y grado, dicha distribución será al 50% entre los recurrentes y “Repsol Butano, SA” de las cantidades correspondientes a los daños acreditados, susceptibles de indemnización y así en supuesto aproximadamente similar al presente ha hecho aplicación esta Sala de Casación Civil (Sentencia de 23 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9434]).»

Hasta aquí la sentencia pormenoriza en qué consistió la culpa de Repsol, y a continuación añade:

«También ha de tenerse en cuenta, *a efectos de reafirmar la responsabilidad que se declara* de “Repsol Butano, SA” y determina la estimación de los motivos que se estudian, que el artículo 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece responsabilidad objetiva tratándose de productos de gas, si bien exige la concurrencia del presupuesto de su correcto uso y consumo y en este caso no quedó acreditado que los recurrentes hubieran llevado a cabo manipulación inadecuada de la bombona, sin perjuicio de la omisión que se les imputa de no haber corregido los defectos de las instalaciones, que se acoge como conducta coadyuvante al accidente, pero no como decisiva y única de su causación, conforme a lo que se deja estudiado, y respetando los hechos probados declarados firmes.

El riesgo lo soporta quien lo ha creado y si se da conjunción de actuaciones, la subjetiva de la víctima y la objetiva de la empresa suministradora, entra en juego el referido artículo 28, que actúa, generando responsabilidad, respecto a los daños producidos en los bienes y servicios que enumera en su apartado segundo, ya que emplea la expresión «en todo caso», y se justifica por la voluntad de los legisladores de protegerlos en su uso y utilización, ya que por su propia naturaleza entrañan y representan un peligro que se presenta cierto en principio, con carga activa suficiente para convertir lo probable en realidad negativa, en cuanto concurre capacidad adecuada para ser lesivo para las personas y dañoso para los bienes y las cosas (SS de 23 de junio de 1993 [RJ 1993/5380] y de 19 de diciembre de 1994 [RJ 1994/9429]).»

Es una pena que la sentencia no haya entrado a valorar cómo conjugar la responsabilidad objetiva de la empresa suministradora con la culpa concurrente de la víctima. Dice que «entra en juego» el artículo 28 LGDCU, pero como ya tenía resuelta la concurrencia de culpas en sede de responsabilidad por culpa no le hace falta pronunciarse sobre si, en un supuesto de responsabilidad objetiva, la culpa concurrente de la víctima jugaría el mismo papel que en la responsabilidad por culpa.

En la STS de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004/7212), el demandante había estado viendo la televisión en el dormitorio de su vivienda hasta las 02.00 h, con una estufa de gas butano que apagó al acostarse. Unas cinco horas después, accionó el interruptor de la luz y se produjo una explosión por la acumulación de gas butano producida mientras dormía. La sentencia entendió que la culpa de la empresa que suministraba el gas consistía en que, «detectadas ciertas deficiencias o anomalías en la instalación existente en la vivienda del demandante en la inspección realizada el 18 de marzo de 1985, no se realizó por la suministradora de gas actividad alguna tendente a comprobar la subsanación

de esas deficiencias, adecuando la instalación a las exigibles medidas de seguridad».

La SAP Salamanca de 26 de febrero de 2007 (AC 2007/1387) razona que, como se había descartado la incorrecta manipulación de la instalación por parte del usuario inquilino, y parecía razonable la hipótesis de que en la instalación hubo un fallo («como pareció ser la menor resistencia de la soldadura del codo con el colector por donde se escapó el gas, [según la hipótesis del perito citado don Rosendo, de la propia Cía de Gas]»), debía responsabilizarse a la empresa suministradora, pues solo cabía admitir «que la anterior revisión no se llevó a cabo con la profundidad y minuciosidad requeridas reglamentariamente por la “*lex artis*”».

«Es decir, la Ley obliga al suministrador a revisar la instalación cada cinco años, lo que implica que salvo incorrectas manipulaciones de terceros, en el caso del inquilino, no probadas, la instalación debe funcionar sin problemas hasta el próximo lustro. De suerte que si no es así, y se produce un siniestro, sin incorrectas manipulaciones de terceros, como el inquilino, cuya prueba, se insiste, no consta para nada en autos, *la conclusión correcta, como se hizo en la sentencia recurrida no puede ser otra que la de considerar responsable del siniestro a la empresa suministradora encargada quinquenalmente del mantenimiento y revisión de la instalación*». Se dice además de ésta que, «ex» artículo 28 LGDCU y 1104 CC, no basta con que lleve a cabo (dicho mantenimiento) de forma rutinaria, sino exhaustiva y rigurosa, según la diligencia que «ex» artículo 1104 CC cabe exigirle en atención a la naturaleza de la obligación y que se corresponde tanto a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como con el sector del tráfico en que su conducta se proyectó. (...) La doctrina jurisprudencial, como recoge la STS de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10427), ha acentuado el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, y exige como canon la necesidad de agotar la diligencia (entre otras SSTS de 20 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7698], de 10 de julio de 1985 [RJ 1985, 3965] y de 5 de mayo de 1998 [RJ 1998, 3070]), así como que en dicho precepto se hace referencia a la culpa en el aspecto de falta de diligencia y previsión, y su exoneración se produce cuando los sucesos no hubieran podido preverse, lo que con dimensión de responsabilidad requiere la ausencia de todo resquicio a esta imprevisibilidad (STS de 7 de octubre de 1991 [RJ 1991, 6891]) y STS 1.ª 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1868), según la cual *lo único que exige al fabricante «ex» artículo 28 LGDCU es la prueba de la culpa de la víctima, respecto del uso incorrecto del producto, una vez que conste que el daño proviene del uso y consumo del mismo, lo que es el caso, puesto que la explosión proviene de una acumulación de gas y no de otro elemento de riesgo, sin que ninguna prueba como se ha visto apunte a culpa del usuario o consumidor.*»

No deja de sorprender que la explicación amalgame el artículo 28 LGDCU (de responsabilidad objetiva) con el artículo 1104 CC (sobre la diligencia en la prestación contractual), lo que pone de relieve hasta qué punto existe confusión en la materia. El final es correcto: lo único que «salva» al suministrador del servicio que responde objetivamente es la culpa exclusiva del demandante. Para nada se habla de que el demandante tenga que probar que ha hecho un uso correcto del producto; al contrario, el repetido reproche de que no consta que el inquilino haya manipulado incorrectamente la instalación se dirige a quien debió probarlo, al demandado. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en la sentencia que analizamos a continuación.

En la STS de 13 de junio de 1996 (RJ 1996/4763) no se pudo probar cuál había sido la causa de la explosión de la bombona (si el deficiente estado de la junta de caucho o el comportamiento negligente de la víctima), y se dejó a la víctima con el daño. Los recurrentes alegaron la responsabilidad objetiva *ex* artículo 28 LGDCU para que el daño accidental quedara atribuido a quien genera el riesgo, pero la sentencia les reprocha no haber probado que habían hecho un uso correcto del servicio:

«[E]l Juzgado sentó tajantemente que no se podía decir si el mando de la cocina se abrió para ser encendido o estaba abierto por descuido, lo que ratifica la Audiencia al afirmar que no hay elementos probatorios sobre la causa de la anormal salida del gas de la bombona, ni que fuese debida al deficiente estado de una junta de caucho del recipiente, es decir, que lo ignorado es justamente cuál fue la acción u omisión y quien procedió a ella, lo que impide apreciar culpa en un autor concreto y, claro es, ello impide también establecer nexo causal, pues no se trata en realidad de que se aprecie una falta de diligencia en la empresa demandada, sino de que se desconoce la causa originadora del accidente, que no puede concretarse sobre la base de conjeturas, con olvido de que *se 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*; y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la *teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba*, aplicables en la interpretación del artículo 1902, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (SS de 27 de octubre de 1990 [RJ 1990/8053] y de 13 de febrero de 1993 [RJ 1993/768]), debiendo advertirse también que la objetivación de la responsabilidad no reviste caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo (SS de 9 de marzo de 1984 [RJ 1984/1207], 26 de noviembre de 1990 [RJ 1990/9047], 23 de octubre de 1991 [RJ 1991/7861], 8 de junio de 1992 [RJ 1992/5169] y 20 de mayo de 1993

[RJ 1993/3718], entre otras muchas), extremos con los que queda matizada la jurisprudencia establecida a partir de la S. de 10 de julio de 1943 (RJ 1943/856), a la que tanto se aferran los recurrentes, a los que igualmente ha de advertirse que *la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios requiere para que se responda de los daños un correcto uso y consumo, que en el caso debatido carece del debido acreditamiento, todo lo cual hace decaer el motivo*».

La sentencia resulta algo desconcertante desde la perspectiva de la víctima, pues parece más lógico partir de que se hizo un uso normal del producto o servicio, y que sea quien pretenda lo contrario quien tenga que probarlo. Todo parece indicar –al menos así se deduce entre líneas– que pudo tratarse de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima, y esto explicaría, sin más, la solución adoptada. Sin embargo, ésta también podría explicarse desde la perspectiva de la responsabilidad por producto (o servicio) defectuoso. El demandante no había conseguido probar que la bombona (o el servicio) fuera defectuosa; parece que si al menos hubiera probado que hizo un uso normal de ella, hubiese sido el demandado quien quedaba con la carga de probar –para exonerarse– que la explosión era atribuible a la víctima o a un tercero. Como no lo hizo, no cabía imputar el daño al responsable del producto (o servicio), ni subjetivamente con inversión de la carga de la prueba, ni objetivamente por defecto.

La STS de 21 de marzo de 2006 (RJ 2006/1888) trataba de la explosión de una pequeña bombona de gas, cuyas causas no llegaron a probarse en el procedimiento, y se dejó también a las víctimas con el daño, por «falta del requisito de la prueba del origen de los daños que ocasionaron el siniestro». En este caso, el TS razona del siguiente modo:

«[P]ara que pueda ser imputada la responsabilidad a las entidades demandadas y hoy recurridas, los demandantes deberían haber probado la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de los demandados, susceptible de crear un riesgo que originara el siniestro, y el daño producido. Esta prueba incumbe siempre a quien demanda, sea cual sea el criterio que se utilice para la imputación de la responsabilidad, el cual, «ha de basarse en una certeza probatoria, que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba», como afirman las sentencias de 2 de abril (RJ 1998, 1870) y de 17 de diciembre de 1998, añadiendo otras decisiones que a la prueba del nexo causal no le alcanza la presunción ínsita en la doctrina de la carga de la prueba, por lo que incumbe al actor probar por qué se imputa al demandado la responsabilidad por los daños probados (sentencia de 14 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1474], entre otras).

Lo mismo debe entenderse con respecto a la responsabilidad derivada del artículo 28 LGDCU (...). El artículo 28 de la mencionada Ley, único aplicable al caso por no haber entrado en vigor en el momento de producirse el accidente la

Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, establece un sistema de responsabilidad objetiva para los casos de daños producidos por los supuestos previstos en el párrafo primero. Pero hay que resaltar también que para ello *se requiere así mismo que se haya probado la relación de causalidad*. Además, la necesaria garantía de seguridad debe quedar excluida cuando el estado de la ciencia y de la técnica existentes en un momento dado no permiten a quien produce los bienes utilizar técnicas más depuradas para evitar los accidentes, sin olvidar, tampoco, que el riesgo puede generarse por ambas partes, tanto el creador del bien, como el usuario. Por todo ello y porque según se ha determinado en la sentencia recurrida, *no se ha probado la relación de causalidad y ello que no ha sido impugnado por los recurrentes por la vía adecuada en casación*, debe rechazarse el único motivo del recurso de casación.»

Parece que de la prueba efectuada se concluyó que no había ningún defecto en la bombona, por lo que el problema *debió estar* en el comportamiento de la víctima. En todo caso, el problema de prueba se cierne en torno a la relación causal entre «la conducta de los demandados» y «el daño producido» (qué pudo causar la explosión), esto es, entre un comportamiento culposo y el daño, más que en torno al defecto del producto (que sería una de las posibles explicaciones).

También trataba de la explosión de una bombona de gas —esta vez, acetileno—, de la que se desconocían las causas, la STS de 18 de abril de 2002 (RJ 2002/3300). En este caso, el TS concluye que «las pruebas practicadas no han permitido acreditar que el origen de la explosión producida en el pabellón de la actora estuviese en una fuga de la bombona de acetileno, debido a una deficiencia imputable al suministrador de la misma», por lo que deniega la pretensión indemnizatoria. No se probó que hubiese un defecto en el producto y no se hizo responsable al fabricante ni al suministrador.

En la STS de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2009/529), D. Raúl se encontraba manipulando una bombona de butano cuando esta explotó —por deflagración—, causando el derrumbe de algunos pisos, varios heridos y la muerte del propio D. Raúl; de la prueba practicada no pudo determinarse con exactitud la causa del siniestro: no cabía imputar con certeza a D. Raúl alguna acción u omisión negligente, ni afirmar que la instalación estuviese en mal estado. La sentencia recurrida había entendido aplicable la doctrina de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad cuasi-objetiva: cuando el riesgo ligado al uso doméstico de gas butano se materializa en un daño efectivo surge la responsabilidad de quienes lo suministran, salvo que la conducta determinante en la causación del daño pueda imputarse exclusivamente a la víctima, o a fuerza mayor, concluyendo que del citado riesgo deben responder los sujetos que lo ponen en el mercado (Repsol Butano SA) o distribuyen (Comercial Distribuidora de Bu-

tano y Derivados SA); además, cuando no sea posible individualizar los comportamientos y responsabilidades de cada uno, deben hacerlo solidariamente.

El recurrente alegaba que no se había probado la relación de causalidad entre el daño y la existencia de una acción u omisión imputable a alguna de las demandadas. A lo que responde el TS que, «precisamente dicha teoría [del riesgo] parte de una consideración puramente material de la relación causal para considerar que, acreditado por la parte perjudicada el origen del daño –en este caso la explosión de gas– queda cumplida por la demandante su carga probatoria para derivar hacia quien creó el riesgo la carga de acreditar que el resultado dañoso no es consecuencia de su actuación, sino de la interferencia de elementos extraños a ella como pudieran ser la propia actuación de la víctima o la fuerza mayor». Esta es una buena explicación sobre el funcionamiento de la responsabilidad objetiva, pues excluye que el demandado pueda exonerarse probando su propia diligencia. Sin embargo, a continuación menciona en su apoyo la doctrina de las SSTs de 30 de julio de 1998 (RJ 1998/6926) y de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004/7212), que fundamentan su decisión en que «el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar»; esto es, en que el riesgo eleva el estándar de diligencia considerado en concreto para tal circunstancia y lugar. De este modo la sentencia concluye, de manera un tanto sorprendente para quien ha seguido el primer razonamiento y apreciado el salto que supone respecto de las dos sentencias citadas a continuación, que «no puede apreciarse vulneración alguna del artículo 1902 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida que, por el contrario, ha realizado una correcta aplicación del mismo en relación con la doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad por riesgo creado, con la fundamental derivación de la inversión de la normal carga probatoria que afecta a los litigantes». Una vez más, se evita que el riesgo llegue a emanciparse y fundamentar la responsabilidad.

Destaca también la SAP Madrid de 31 de marzo de 2009 (JUR 2009/247315), que aplica de forma simultánea el artículo 1902 CC y la LRPD para resolver otro supuesto de explosión de bombona de gas. Después de una buena explicación «objetiva», dice que se llega al mismo resultado tanto si se va por la LRPD, como por el artículo 1902 CC con inversión de la carga de la prueba, justificada en el caso por el riesgo propio de la actividad. Y aunque no hay duda de que al mismo resultado puede llegarse por caminos distintos, no puede aceptarse que se trate de lo mismo. En su afán de justificarlo, la sentencia afirma que «de quedar probado el defecto de la bombona, es cuando entraría en juego, en base al evidente peligro que entraña la propia naturaleza de la energía suministrada,

la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba». Parece como si «la teoría del riesgo», «la objetivación de la responsabilidad» y «la inversión de la carga de la prueba de la culpa» fueran fenómenos equiparables o concurrentes, y conviene insistir en que se ha de diferenciar. Una cosa es la responsabilidad objetiva, en cuyo fundamento el legislador habrá tenido en cuenta el factor «riesgo extraordinario»; y otra que, dentro del ámbito de la responsabilidad por culpa, el desempeño de una actividad que genera un riesgo extraordinario –para el que el legislador no ha previsto una regla de responsabilidad objetiva– juegue un papel relevante en la prueba de la culpa de la demandada. Responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba no son la misma realidad vista desde dos perspectivas, aunque puedan coincidir en el resultado final (que se responda sin haberse probado ninguna culpa del demandado); hay que aceptar que si la jurisprudencia no permite liberarse de la responsabilidad mediante la prueba de la diligencia exigible, estará imputando la responsabilidad de manera objetiva sin decirlo. Pero además aquí, junto a la responsabilidad por culpa presumida y a la responsabilidad objetiva se mezcla un tercer modo típico de responder que no es objetivo, como se ha indicado: el propio de los productos defectuosos. La sentencia presupone que se ha de probar el defecto, pero sin reconocer que es éste el auténtico título de atribución y sin mencionar la posibilidad de concurrencia de las causas de exoneración. Por supuesto, tampoco dice si la doctrina del riesgo introduce alguna especialidad en la prueba del defecto. Simplemente, termina por mezclar todos los planos y confundir los distintos modos de responder.

Dice la sentencia que la teoría del riesgo y la correspondiente inversión de la carga de la prueba conducen a declarar la responsabilidad de la demandada, pues ésta no ha acreditado causa de exoneración alguna, pero lo verdaderamente revelador hubiera sido pronunciarse sobre si hubiese admitido la prueba de la diligencia, o solo las causas de exoneración propias de la responsabilidad objetiva. Parece permitirlo la STS de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007/1613), aunque en realidad se trata de un caso de prestación contractual defectuosa: unos quemadores fueron defectuosamente instalados y produjeron la intoxicación de la usuaria demandante. Dice el TS sobre la distribución de gas que

«es preciso significar que resulta de plena aplicación al caso la doctrina de la responsabilidad por la creación de riesgo, que obliga a las compañías de gas que se encargan de la implantación del servicio, por una parte, a emplear una diligencia extrema, requerida por el peligro inherente al medio de energía suministrado, y, por otra, supone desplazar a éstas la carga de la prueba de haber obrado con toda la diligencia necesaria, y que, en suma, el resultado dañoso ocurrió no obstante haberse empleado toda la diligencia necesaria».

Hasta ahora hemos expuesto sentencias con cuatro posibles soluciones, más o menos «típicas»: 1) apreciar la culpa exclusiva (o concurrente) de la víctima; 2) apreciar la culpa de la suministradora (la doctrina del riesgo permite facilitar su prueba; queda abierta la cuestión de que el demandado pueda liberarse probando su diligencia: aunque la jurisprudencia lo haya afirmado en alguna ocasión, parece más una declaración de principio que una opción real); 3) en supuestos en los que no resulta posible reconstruir lo ocurrido, pedir al demandante que pruebe el defecto del producto o del servicio; 4) y en supuestos como los anteriores, hacer responsable al demandado salvo que consiga probar que la explosión se debió a una circunstancia imputable a la víctima, a un tercero o a fuerza mayor. Resulta especialmente necesario dar unas reglas para cuando no se haya podido apreciar culpa, ni de la víctima ni de la empresa: quién deberá probar qué y por qué orden. En la actualidad, en sentencias en las que no han podido reconstruirse los hechos las posturas jurisprudenciales oscilan entre tratar el supuesto como de responsabilidad por culpa –no siempre presunta, como cuando no se consigue probar qué acción u omisión del demandado ha podido estar causalmente ligada a la producción del daño–, exigir la prueba del fallo, como si se tratara de un supuesto de responsabilidad por producto defectuoso, o hacer responder a la empresa suministradora salvo que consiga probar causas de exoneración, como en la responsabilidad objetiva. Ciertamente, se trata de tres soluciones y habría que evitar que cada sentencia pueda usar una u otra según convenga. Quizá no sea posible una solución única, pero habría que hacer un esfuerzo por decir qué aspectos del supuesto de hecho hacen que en cada caso nos tengamos que decantar por alguna de las soluciones propuestas.

Curiosamente, en los incendios que no se relacionan con los servicios relacionados en el artículo 28 LGDCU y que, por tanto, carecen de cobertura legal para que se les aplique la responsabilidad objetiva, el TS ha sido mucho más objetivo en sus criterios, argumentando (por problemas de incertidumbre en el curso causal) al modo francés y apreciando la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas.

2.3 Incendios y otros casos en los que se desconoce la causa del siniestro

La STS de 15 de febrero de 2008 (RJ 2008/2669) trataba de los daños causados por el fuego originado en una vivienda, en la que los demandados realizaban unas obras de reforma, y explica que

«[e]n los casos de incendio, la jurisprudencia salva las dificultades de prueba de su causa, basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan. De modo que admite un grado de razonable probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal –sentencias de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9919) y 29 de abril de 2002 (RJ 2002/4971).»

Menciona a continuación la doctrina sentada por la STS de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6693) –y las que ésta cita–, según la cual, cuando se produce un incendio que causa daños a terceros, a éstos «les corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, mientras que a quien tuvo la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en la que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes exteriores». Este modo de proceder, relacionado con la dificultad para probar lo ocurrido, sí puede considerarse objetivo, en la medida en que se responde por la relación con la cosa que se incendia, y no por un comportamiento causal y culpable respecto del daño: responde el «guardián» de la cosa que explotó o se incendió, con independencia de que se pueda apreciar su culpa, y solo podrá exonerarse imputando el daño a la víctima o a fuerza mayor. Esto es aproximarse mucho a un modelo de responsabilidad objetiva en los supuestos de explosión o incendio. El demandante no tiene por qué probar ningún defecto o fallo como causa del incendio; será el demandado que quiera exonerarse quien tenga que imputar el incendio a un tercero: se ha originado por el defecto de un producto (en cuyo caso, si se prueba, responderá el fabricante), o por un fallo en el suministro de energía (la prestación defectuosa de electricidad por sobretensión ha dado lugar a numerosa jurisprudencia que hace responder a la compañía suministradora: SAP Barcelona de 15 de enero de 2007, AC 2007/1508, SAP Zaragoza de 3 de julio de 2006, JUR 2006/225239, SAP Almería de 3 de mayo de 2004, JUR 2004/194403, SAP Jaén de 22 de octubre de 2003, JUR 2003/11892, SAP Madrid de 30 de junio de 2003, JUR 2003/248786, SAP Córdoba de 21 de febrero de 2003, AC 2003/808, SAP Badajoz de 22 de febrero de 2000, JUR 2000/97331). Tampoco parece casual que en estos conflictos suele haber un seguro que cubre los daños.

Tampoco es afortunada, por la mezcla de planos objetivo y subjetivo, la STS de 28 de mayo de 2008 (RJ 2008/3179), en la que el artículo 1910 CC se aplica al supuesto de un incendio provocado en una vivienda en la que el propietario había dejado varios aparatos eléctricos conectados durante la noche:

«La Sala de instancia toma como punto de partida el hecho de que el origen del fuego se ubicó, según el informe de la Guardia Civil obrante en autos, en el salón comedor de la vivienda del demandado Juan Antonio, en donde se hallaba el aparato acondicionador de aire, una alfombra, y sobre ella, un alargador con un enchufe de cuatro puntos de conexión, al que *el demandado había dejado conectados por la noche, antes de acostarse, una batería de teléfono móvil, un teléfono inalámbrico y una lámpara de escritorio, y que resultó destruido por el incendio, lo que impidió a los investigadores constatar de manera objetiva que ésta fue la causa del incendio, conclusión que, sin embargo, infiere la Audiencia a partir de los hechos descritos, considerando que entre el incendio y el hecho de dejar durante la noche un alargador enchufado sobre una alfombra en el preciso punto donde luego se inició el fuego existe un enlace preciso y directo, según el criterio humano, que permite tener por probada, por vía de presunción, la causalidad discutida.* Consecuentemente con ello, estima que debe atribuirse al demandado la responsabilidad del siniestro y del resultado dañoso –que, por razón del aseguramiento del riesgo de su responsabilidad civil, se extiende a las compañías aseguradoras codemandadas–, por haberse probado la relación de causalidad entre el incendio y su conducta negligente, pudiéndose afirmar que la representación del incendio era factible desde el punto de vista de una previsibilidad normal. (...)

Pues bien, aceptado «el dato de que el incendio se originó en la vivienda del demandado Juan Antonio, y más exactamente, en el enchufe múltiple utilizado por él en el salón comedor del piso, la atribución a éste de la responsabilidad de los daños ocasionados por el fuego responde a la correcta aplicación de *la más reciente doctrina de esta Sala*, que se resume en la sentencia de 3 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1836), en la cual se recoge el criterio mantenido en otras anteriores, como la de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7383), en donde la imputación de la responsabilidad de los daños causados por un incendio se realizó *en atención al control o vigilancia que el demandado ejercía sobre el ámbito doméstico*, afirmando que “esta Sala viene declarando que no todo incendio es por caso fortuito y que no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS, entre otras, de 9 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8973], 29 de enero de 1996 [RJ 1997, 6365], 13 de junio de 1998 [RJ 1998, 4687]), 11 de febrero de 2000 y 12 de febrero de 2000 [RJ 2001, 850]), de modo que, generado un incendio dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa –propietario o quién está en contacto con ella– *hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso* (SSTS, entre otras, de 13 de junio de 1998 [RJ 1998, 4687], 22 de mayo de 1999, 31 de enero y 11 de febrero de 2000, 12 de febrero [RJ 2001, 850] y 27 de abril de 2001, 24 de enero de 2002 [RJ 2002, 28]) acreditado el incendio causante del daño, –no importa que no esté probada la causa del mismo–, 20 de abril de 2002 –no es suficiente expresar que no se ha acreditado cuál fue la causa del siniestro–, 27 de febrero (RJ 2003, 2152) y 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 5960) –debe probarse el incendio, no el hecho, normalmente imposible, que constituye la causa concreta que lo provocó–”. Esta misma orientación jurisprudencial se encuentra también en las Sentencias de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6693), 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 5345) y 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2515), y se observa igual-

mente en los casos de incendios de inmuebles arrendados, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1563 del Código Civil.

Cabe añadir, en consonancia con las líneas jurisprudenciales expuestas, que en el régimen de la propiedad horizontal, los deberes legales de diligencia, vigilancia, cuidado, conservación, y, en fin, control sobre los elementos privativos, en evitación de daños y molestias a los demás propietarios y a la comunidad, y en aras a preservar las relaciones de vecindad, presentan una intensidad tal que, al traducirse en una diligencia superior a la común del buen padre de familia, comporta en la práctica una presunción de culpabilidad, con los consustanciales elementos de previsibilidad y evitabilidad, y el consiguiente desplazamiento hacia el propietario o poseedor en cuya vivienda o local se originó el siniestro de la carga de acreditar que el mismo tuvo un origen externo y ajeno a su ámbito de control, siempre, claro está, atendidas las peculiaridades del caso, y teniendo a la vista el criterio de facilidad o disponibilidad probatoria. Lo cual, por ende, se acomoda al sistema de responsabilidad establecido en los artículos 1905 al 1910 del código Civil, y, de forma más precisa, en los artículos 1907 y 1910, que contemplan supuestos de responsabilidad objetivada, ya por virtud del *riesgo creado*, ya por razón de la titularidad del agente y la *esfera de vigilancia o control* que desarrolla, en cuyo ámbito se produce el evento dañoso, y que han sido objeto de una interpretación jurisprudencial expansiva de su objeto, en consonancia con el régimen garantista que tiende a salvaguardar las pacíficas relaciones de vecindad, dentro del equilibrio de derechos y deberes que pesan sobre los propietarios de los diferentes pisos y locales de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.»

En la línea de mezclar una explicación en clave de culpa y otra en clave de responsabilidad objetiva, como si fuera lo mismo o prácticamente lo mismo, la sentencia acierta a poner de relieve la diferencia principal: estar dispuesto o no a aceptar la prueba de la diligencia como circunstancia exculpatoria. Sin embargo, se trata de una diferencia más bien teórica, pues en la práctica para exonerarse el demandado deberá demostrar que el siniestro «tuvo un origen externo y ajeno a su ámbito de control». Por otra parte, parece dar a entender que en algunos ámbitos en los que existe cierta normativa que incrementa o pormenoriza los deberes de diligencia (y entiende que el régimen de la Propiedad Horizontal es uno de ellos), debería invertirse la carga de la prueba sobre el cumplimiento de estos. Así formulado, el principio carece de todo apoyo. La mera existencia de deberes específicos de diligencia en ámbitos concretos no supone una norma distinta en materia de carga de la prueba. Otra cosa es que entendamos que nos hallamos ante un riesgo extraordinario, y sea éste —*ex* artículo 217.6 LEC— el que aconseje dar un giro a la regla de carga de la prueba. En todo caso, la idea de que la propiedad horizontal suponga un ámbito de riesgo extraordinario al que deba aplicarse la doctrina del riesgo resulta descabellado.

Algo distinta, la STS de 29 de julio de 2010 (RJ 2010/6946) trata de un incendio que afectó a un pinar y a unas caravanas situadas en una campa cercana; el fuego provocó la descarga eléctrica de la línea de alta tensión –propiedad de Endesa– que sobrevolaba el pinar y la campa, y dicha descarga produjo importantes daños materiales. Los recurrentes en casación alegaban, entre otras cosas, que Endesa debía responder de esos daños por la existencia de «un sistema de objetivación (de la responsabilidad) que presume la culpa y aplica la inversión de la carga de la prueba y la doctrina del riesgo, que permiten tener por probada la relación de causalidad y la imputación objetiva de los daños una vez probada la infracción» (se había probado que no se cumplía la altura mínima que debía tener la línea de alta tensión respecto de los árboles). La sentencia valora que:

«[I]a progresiva objetivación de la responsabilidad extracontractual de quienes desarrollan *actividades generadoras de riesgos*, con alteración de la carga de la prueba, normalmente en aplicación de los principios de facilidad probatoria, por el que se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba sobre el origen del incendio a quien está en mejor posición para demostrar la causa del fuego, y de normalidad, que permite tener por cierto lo probable de acuerdo con criterios de lo que acontece normalmente, y la imputación de los daños causados por la actividad a cargo de quien se beneficia de la misma, no permite desconocer el resultado de la prueba sobre la inexistencia del hecho determinante de la responsabilidad, y en el presente caso en el que, reiteramos, la demanda no se sustentó como se pretende en casación en el agravamiento de las consecuencias del incendio, sino en que el origen del incendio es imputable a la conducta de Endesa en cuanto infringió la normativa que regula la distancia entre la línea de alta tensión y los árboles sobre los que discurre el tendido, la prueba practicada sobre tal extremo ha sido valorada por la Sala, que llega a la conclusión de que (...) no se puede considerar a la línea eléctrica de alta tensión de 132 V Villanueva-Los Leones como causante del incendio, considerando que la línea se descargó a tierra a través de la valla metálica y a través de una atmósfera altamente conductora, propiciada por los humos y vapores generados por un fuego preexistente en el descampado (...). En definitiva, no puede imputarse la causación del incendio a Endesa, ni reprochársele culpabilísticamente el posterior cortocircuito».

Es una pena que la sentencia no entrara a valorar la responsabilidad de Endesa *por la agravación de los daños* producida cuando el incendio afectó a la fuente de riesgo explotada por aquélla.

Una buena síntesis de la opinión jurisprudencial actual sobre los daños causados por incendios puede leerse en la STS de 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012/1897):

«En relación con la determinación del régimen de responsabilidad en supuestos de incendios en el local arrendado ha establecido esta Sala: cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado. A la persona que tiene la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en que se produjo el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa haya podido provenir de agentes exteriores –incidencia extraña–; admitiendo –incluso– alguna sentencia, la posibilidad de exoneración cuando se pruebe que en el lugar no había nada que representase un especial riesgo de incendio. Esta sala tiene declarado repetidamente que *no todo incendio es debido a caso fortuito, sin que baste para atribuir tal carácter al siniestro producido por causas desconocidas, y que «no resulta suficiente que no esté probada la causa concreta del incendio»*; habiendo aplicado dicha doctrina de la responsabilidad del dueño o del que tiene el control de la cosa a los casos en que el incendio se produjo en el ámbito empresarial, círculo de la actividad empresarial, o nave en la que se desarrolla tal actividad del demandado. Con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad». (...) «[C]abe concluir que el incendio se produce en el interior de la nave y sin que hubiese sido intencionado, por lo que la causa de su origen está dentro de la órbita de explotación de la nave arrendada, siendo razonable que la imputación objetiva a la parte demandada, en cuanto no prueba la concurrencia de caso fortuito».

En la STS de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/4983) se incendió un remolque frigorífico por un cortocircuito en el compresor frigorífico, causando daños a la mercancía y al establecimiento abierto al público junto al cual se hallaba aparcado para facilitar las labores de carga y descarga. La AP consideró que el incendio provocado durante tales labores, con el remolque estacionado, no podía considerarse «hecho de la circulación» y que por lo tanto recaía fuera del ámbito de cobertura del seguro del vehículo; además, no apreciaba la culpa del conductor, cuyo comportamiento no estaba de ninguna manera relacionado con el cortocircuito (lo tenía desde hacía cinco meses y disponía del certificado oficial sobre su aptitud para ser usado), por lo que le absolvía de responsabilidad. Sin embargo el TS no encuentra dificultad en considerar que se trata de un «hecho de la circulación» del que debía responder el seguro del vehículo y hace responsable al conductor aplicando la doctrina según la cual,

«si se produce un incendio dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa –sea el propietario o quien está en contacto con ella– hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar

la producción del evento dañoso». «[L]a existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y por ende, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. (...) Al propietario y al conductor del remolque les correspondía velar por la seguridad del remolque y de todos sus mecanismos, como el sistema de refrigeración. El uso situaba al agente en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias».

Pero, ¿realmente se le hace responder por culpa? Parece más bien que se hace responder al guardián por el hecho de la cosa, *a la francesa*, extendiendo de manera harto dudosa el ámbito de protección de la norma (de responsabilidad objetiva para la conducción de vehículos) a la explosión del remolque por cortocircuito, con explicaciones sobre la culpa porque es más que dudoso que se le deba hacer responder objetivamente.

En los casos de incendio en los que se desconoce la causa, al demandante le basta con probar que el daño se debe al incendio. Es el que «controla» o «guarda» el lugar en el que éste se produce quien debe probar, para exonerarse, que no le es imputable, no porque se le permita probar su diligencia (aunque a la jurisprudencia se le escape la expresión como cláusula de estilo), sino porque se le permite imputárselo a otro, a la víctima o a fuerza mayor.

Pero no ocurre lo mismo en otros supuestos, especialmente en los servicios de los que se responde objetivamente por el artículo 148 TR LGDCU, como el gas (o como se sabe, en los transportes). Ciertamente, en los supuestos de explosiones de gas suele ser más frecuente que el comportamiento de la víctima sea relevante en la causación del daño, pero esto no justifica que se cambien las reglas y que, si no se sabe lo que ocurrió, o no se prueba el defecto, el fallo o la negligencia que causa el daño, el que controla el riesgo quede liberado. Quizá se trate de que aquí «el guardián» es el usuario de la instalación o la bombona.

Ciertamente, la responsabilidad objetiva puede jugar un papel importante cuando no se sabe exactamente qué es lo que ha ocurrido, pero el análisis de las sentencias pone de relieve que no siempre se hace del mismo modo. Como tendencia, parece cierto que si el daño se produce en el contexto de la responsabilidad objetiva el responsable de la fuente de riesgo responderá, salvo que consiga probar que el daño se debió a la acción de un tercero, de la víctima o a fuerza mayor.

En la STS de 15 de abril de 2009 (RJ 2009/1764) se desconocían las causas exactas del accidente y el TS determina cómo actúa entonces la norma de

responsabilidad objetiva. D. Benito había acudido a las instalaciones de Aero-servicios León S. L. para realizar un vuelo y, tras los oportunos trámites, lo inició siendo asistido desde tierra por el instructor don Juan Ramón. Nada más iniciar el despegue y tomar cierta altura, el aparato, con el motor muy revolucionado, cayó en picado y se estrelló, falleciendo de inmediato el piloto don Benito. La recurrente pretendía que se apreciara la culpa exclusiva de la víctima, pero el TS responde que:

«el motivo no puede ser estimado en cuanto parte de una consideración sobre la existencia de culpabilidad exclusiva en la víctima que se aparta de lo razonado por la sentencia que se recurre, en cuanto la misma no contiene dato alguno del que deba desprenderse tal culpabilidad exclusiva. Precisamente el argumento que trae a colación la ahora recurrente se aleja de la propia esencia de la responsabilidad de carácter objetivo que rige en el caso y que se establece en el artículo 120 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, en cuanto establece que “la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”; norma que resulta de aplicación a la extensión de responsabilidad que se comprende en el repetido artículo 2 del Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, respecto de alumnos y tripulantes.

Para ello, a falta de mención por la sentencia impugnada de dato alguno que aluda a la culpabilidad de la víctima, lo que de por sí desembocaría en la desestimación del motivo, trae a colación la parte recurrente lo recogido en el fundamento quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de que “lo que realmente sucedió a D. Benito es probable que no se sepa nunca pero no se prueba en modo alguno que su muerte sea imputable a los demandados y no se descarta posibilidad alguna (inclusive el suicidio) a tenor de lo probado en el acto del juicio y de las circunstancias personales de D. Benito con un negocio con pérdidas relevantes”.

Pues bien, *precisamente el desconocimiento de las causas del accidente es lo que fundamenta la aplicación del principio de responsabilidad objetiva –sin culpa– del empresario de la navegación que está presente en las normas que se han indicado, las cuales imponen para tal caso la suscripción de un seguro de carácter obligatorio y fijan las cuantías indemnizatorias que resultan de aplicación.»*

La sentencia establece que, aunque no se sepa lo que ocurrió, o más bien, precisamente porque no se sabe lo que sucedió (el daño es accidental *de facto*: no puede reprocharse pues no se sabe lo que ocurrió), la norma de responsabilidad objetiva obliga a indemnizar. Hemos visto que ocurre algo similar con los animales, mientras se pueda identificar a la persona que se sirve de él (art. 1905 CC).

2.4 Recapitulación

En las sentencias sobre pasos a nivel, el TS argumenta en clave de culpa. Es significativo que en un buen número de supuestos la culpa de Renfe se encuentre embebida en el supuesto de hecho (como ocurre en la caída de árboles en lugares de tránsito del artículo 1908.3.º CC, o en el artículo 1910 CC), de manera que la responsabilidad solo decae si se consigue imputar a la víctima o a fuerza mayor. Pero no en todos los casos se aprecia la culpa de Renfe en haber permitido la situación, o en el incumplimiento de cualquier norma reglamentaria, sino que se exige una culpa de Renfe que haya sido relevante en la producción del daño, conforme a las reglas generales de responsabilidad por culpa. No resulta predecible cuándo se optará por una u otra solución.

En los casos de explosiones de bombonas de gas la situación es más compleja: en ocasiones se aprecia la culpa de la víctima; en otras, la de Repsol u otra empresa suministradora (en teoría se le permite probar que se comportó con la diligencia que fuera exigible); pero cuando no se puede apreciar culpa en alguno de los implicados, lo que a menudo ocurre por la imposibilidad de reconstruir los hechos, hay sentencias en las que se pide al demandante que al menos pruebe que hizo un uso correcto del servicio; otras en las que se le pide que pruebe el defecto en el producto o el fallo en el servicio; y, finalmente, otras en las que se hace responsable al demandado salvo que consiga probar que la explosión se debió a una circunstancia imputable a la víctima, a un tercero o a fuerza mayor.

La singularidad de las sentencias con daños causados por incendios también suele estar relacionada con la imposibilidad para determinar las causas del mismo. En esas circunstancias, se imputa el daño a quien debió «controlar» lo que sucedía en el lugar en el que aconteció el incendio o la explosión. Es él quien debe explicar lo ocurrido y, si no puede imputar a un tercero o a fuerza mayor lo ocurrido, responderá por ser quien debió controlar la situación.

Es significativo constatar que el hecho de que los servicios de transporte o de suministro de gas hayan pasado a ser ámbitos de responsabilidad objetiva *ex* artículo 148 TR LGDCU no haya supuesto que se apliquen «objetivamente»: y si no faltan algunas sentencias –las menos– que apliquen el precepto en su objetividad, la mayoría ha presentado la norma como un complemento del artículo 1902 CC, acompañado por la retórica sobre la doctrina del riesgo. De este modo, la idea de que el artículo 148 TR LGDCU atribuye el daño accidental al que genera el riesgo, especialmente en los casos en que no se haya podido acreditar el comportamiento culposo de alguno de los afectados, ha sido ignorada.

En líneas generales, ha de aceptarse que algunas afirmaciones generales sobre la doctrina del riesgo conforman un cuerpo de doctrina firme en la materia: el principio de enumeración, la elevación de los estándares de diligencia y la inversión de la carga de probar la culpa (*rectius*, la aplicación del principio de facilidad probatoria). Pero resulta difícil descubrir ulteriores huellas de desarrollo, incluso cuando el análisis se centra en grupos de casos perfectamente delimitados. Sigamos viendo cómo se comporta la jurisprudencia en otros sectores de riesgo que también han recibido el refrendo del legislador para que se responda de modo objetivo, de manera que sigamos valorando cuáles son las principales líneas de actuación.

2.5 Animales

En la práctica, la «objetividad» del artículo 1905 CC no ha planteado problemas, aunque las explicaciones que se dan a propósito de su aplicación no siempre sean objetivas. Lo cierto es que de hecho la única causa de exoneración que se admite es la culpa exclusiva o concurrente de la víctima. Como se ha apreciado con anterioridad, existe jurisprudencia abundante en la materia que, de alguna manera, responde a los elementos que convendría ir perfilando para dotarla de unas reglas más claras: la necesidad de delimitar el ámbito de protección de la norma, el sujeto responsable, la admisión del criterio de la adecuación, etc. Ahora nos detendremos únicamente en las líneas generales:

La sentencia de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9054) da una explicación profusa y utiliza una de las frases que más ha sido utilizada después. En el caso, el Tribunal apreció culpa exclusiva de la víctima:

«La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan sólo una casualidad material, *estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado*. La Sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5216) expresa la doctrina, a su vez recogida en la de fecha 12 de abril de 2000 (RJ 2000, 2972), en los siguientes términos: “Con precedentes romanos (*actio de pauperie*), nuestro Derecho Histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada, y así el Fuero Real (Libro IV, Título IV, Ley XX) obligaba al dueño de animales mansos (que incluía a los perros domésticos) a indemnizar los daños causados. La Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII, imponía a los propietarios de los animales feroces el deber de tenerlos bien guardados, y la indemnización incluía el lucro cesante. El Código Civil español no distingue la clase de animales, y su artículo 1905, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, constituye

uno de los escasos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento Jurídico (SS de 3 de abril de 1957 [RJ 1957, 1944], de 26 de enero de 1972 [RJ 1972, 120], de 15 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1379], de 31 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10662] y de 10 de julio de 1996 [RJ 1996, 5556]), al proceder del comportamiento agresivo del animal que se traduce en la causación de efectivos daños, exigiendo el precepto sólo causalidad material».

«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», lo que «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 (Sentencia de 7 de junio de 2006 [RJ 2006, 8204], que cita las de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8547], de 2 [RJ 2006, 129] y de 5 de enero [RJ 2006, 131] y 9 de marzo de 2006 [RJ 2006, 1882]).» Finalmente, concluye 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, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido. Éste se ha de imputar, pues, al propio perjudicado, conforme a la regla «quod quis ex sua damnum. sentit, non intelligitur sentire» (Digesto, Libro 50, Tit. 17, regla 203), que tiene su traducción en la Ley 22, Tít. 34, de la Partida Séptima, que expresaba: “que el daño que ome recibe por sua culpa, que si mesmo debe culpar por ello”; lo que conlleva la exoneración de la responsabilidad de quien poseía o utilizaba los animales en su beneficio, en línea con la doctrina jurisprudencial que ha declarado la exoneración de la responsabilidad por la concurrencia de la culpa del perjudicado que asume el riesgo, ya en supuestos de responsabilidad por daños causados por animales –Sentencias de 15 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 349) y de 7 de junio de 2006 (RJ 2006, 8204)–, ya en otros ámbitos distintos –Sentencia de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8639), en prácticas deportivas, y las que en ella se citan–».

En la STS de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009/1628) un caballo se desboca dentro de un recinto ferial en el momento en que en el carruaje se hallaba solo

un menor, y en su carrera causa importantes daños personales y materiales. Estos hechos dan pie a la siguiente reflexión:

«La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan sólo una casualidad material, *estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado* (STS 20 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 9054], y las que se citan en ella). En el sentido de la norma, no tiene la condición de poseedor del animal quien no tiene el poder de hecho ni se sirve de él, quien carece del dominio o el control efectivo y real del mismo que le permita desplegar alguna acción o ejercer algún mando en el momento en que ocurren los hechos.

En el caso presente, el relato de hechos de la sentencia se limita a decir que el menor «no acredita tener la preparación, aprendizaje ni cualificación suficiente, como se vio y quedó patentizado al no haber conseguido controlar el caballo desbocado» y que «se encontraba en el carruaje cuando el animal se desbocó» y sin más hechos que los relatados la sentencia deduce la responsabilidad de sus padres en una doble sede: del artículo 1905 y de los artículos 1902 y 1903, todos ellos del Código Civil. El caballo se desbocó y ningún dato de la sentencia permite sostener que fuera él quien estuviera al mando o al frente del animal con las riendas tomadas, o el que provocó la acción determinante del daño, pues nadie le imputa, por más de que se encontrara en el carruaje cuando ello se produce, una vez que se baja quien lo conducía y al que acompañaba; de lo cual se desprende que no se daban las condiciones necesarias para exigirle responsabilidad al amparo del artículo 1905 del Código Civil, pues ni poseía el animal, ni tenía interés alguno en su utilización, ni pudo, en suma, haber conseguido controlarlo una vez que se desboca inopinadamente, por más de que lo intentara.»

Aunque se hable impropia mente de «presunción de culpabilidad», justo después de haber mencionado el carácter objetivo de esta responsabilidad, parece claro que en realidad se hace referencia a una «presunción de responsabilidad» para quien posee o se sirve del animal, que en esta última sentencia no podía ser el menor que había quedado dentro del carruaje cuando el caballo inicia su carrera desbocada. Se explica mejor, por ejemplo, la STS de 12 de julio de 2007, RJ 2007/5592:

«El artículo 1905 se está refiriendo a una responsabilidad no culpabilística, en línea de proximidad a la apreciabilidad objetiva, por lo que se trata de efectiva responsabilidad por el riesgo que supone la posesión de animales, es decir, que se trata de responsabilidad inherente a tal situación personal (sentencia de 29 de mayo de 2003 [RJ 2003, 5216]), y en definitiva en la imputación conjunta de las consecuencias adversas al tener procedencia del principio de la mera causación

del daño, exigiendo la norma la concurrencia sólo de causalidad material, estableciendo una *presunción de responsabilidad* final consecuyente».

Alguna sentencia yuxtapone la explicación objetiva junto a otra, subjetiva, sin mayor coherencia ni reparo. Por ejemplo, en la STS de 12 de abril de 2000 (RJ 2000/2972) puede leerse que:

«[e]l Código Civil español no distingue la clase de animales y su artículo 1905, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, constituye uno de los escasos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento Jurídico (SS de 3 de abril de 1957 [RJ 1957, 1944], 26 de enero de 1972 [RJ 1972, 120], 15 de marzo de 1982 [RJ 1982, 1379], 31 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10662] y 10 de julio de 1995 [RJ 1995, 5556]), al proceder del comportamiento agresivo del animal que se traduce en la causación de efectivos daños, exigiendo el precepto sólo causalidad material»;

lo que no le impide afirmar poco después que:

«[e]l referido precepto establece una presunción «iuris et de iure» de culpabilidad, en razón a que el hecho de tener y disfrutar los perros en interés propio, entraña riesgos que el propietario debe asumir en sus consecuencias negativas, con lo que viene a ser decisivo que los daños hayan sido causados por animales identificados (Sentencia de 27 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1266]). La presunción no ha sido destruida eficazmente por prueba adecuada y suficiente, con lo que el motivo peca. El referido artículo 1905 sólo contempla que la responsabilidad cabe ser exonerada cuando se trata de daños imprevisibles o inevitables, que no son los que enjuicamos en vía casacional.»

En la STS de 10 de octubre de 2002 (RJ 2002/9978), los demandados habían encerrado un rebaño de ovejas en un corral que distaba kilómetro y medio de la vía del tren. A la mañana siguiente, un tren de mercancías que circulaba por esa vía descarriló al encontrar un número indeterminado de esas ovejas invadiendo la vía, con los consiguientes daños. También aquí se acumulan los argumentos subjetivos y objetivos sin mayor problema:

«Precisamente, el artículo 1905, que se reputa infringido en el motivo, proclama la responsabilidad del poseedor de un animal –cuanto más del de un grupo numeroso de animales– “aunque se le escape o extravíe” y la doctrina de esta Sala en sus sentencias de 15 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1379) y 28 de abril de 1983, estima responsable por el solo hecho de poseer o servirse del ganado, cualquiera que sea la persona que lo conduzca en el instante de producirse los hechos dañosos, e incluso aunque en el momento nadie lo maneje.

Finalmente, la fuerza mayor o la culpa del que hubiese sufrido el daño, deben ser probados por quien los alegue en su descargo –sentencia de 26 de enero de 1972– y aquí tal prueba (...) no ha ocurrido. En la misma línea de la doctri-

na jurisprudencial que hace responsable al dueño de una vaca que, después de saltar la cerca de la finca, produce la colisión con un turismo con resultado de daños –sentencia de 28 de enero de 1986 (RJ 1986, 336)–. En definitiva, que el precepto citado *basa la responsabilidad en que a través del animal se causó un daño mediante su conducta de falta de la precisa vigilancia y de la omisión de las precauciones adecuadas al caso.*

Finalmente, la sentencia de 13 de febrero de 1996, con remisión a las precedentes de 23 de noviembre de 1976 y 25 de abril de 1991, señala que *basta que el daño esté causado por el animal para que se le pueda atribuir a su dueño.* En igual sentido, la de 21 de noviembre de 1998 contempla el supuesto de tres caballos del demandado que se salen del cercado en que se hallaban y acceden a la carretera produciendo lesiones al demandante.»

A pesar de la utilización de argumentos heterogéneos e indudables errores, lo cierto es que el precepto se aplica correctamente, en el sentido de que nunca se libera al demandado por no haberse probado su culpa, o por haber éste probado su comportamiento diligente. Cuando se libera al demandado es porque concurre una causa de exoneración, normalmente la culpa de la víctima.

2.6 Otros supuestos de responsabilidad objetiva en el Código civil: artículos 1908, 2.º y 3.º, 1910

La STS de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993/2284) trata del deterioro de ciertas plantaciones por emanaciones de gas y polvos arcillosos, procedentes de una fábrica de azulejos. El TS reconoce la existencia de responsabilidad por inmisiones ilícitas y se apoya en la siguiente argumentación, que ha sido utilizada posteriormente con profusión:

«La responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, que establece el núm. 2.º del artículo 1908 del Código Civil “por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades” (en cuyo precepto es incardinable la cuestión debatida), frente al tercero perjudicado es, en todo caso, como la propia norma establece, una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica en cuestión y de cuyo funcionamiento se beneficia (“ubi emolumentum, ibi onus”), lo que no impide, obviamente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica (lo que en el proceso ni siquiera se ha alegado ni, mucho menos, probado) pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente, pero en modo alguno hace surgir, frente al tercero perjudicado, el litisconsorcio pasivo necesario que aquí se denuncia».

La STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997/ 2743) trata también de ciertas emanaciones contaminantes procedentes de una fábrica de productos químicos. La demandada alegaba el cumplimiento de las medidas reglamentarias y, en definitiva, que se había comportado diligentemente, pero el TS le responde que muchas sentencias

«proclaman, en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual «ex» artículo 1902 del Código Civil, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*«cuius est commodum eius est periculum»*; *«ubi emolumentum, ibi onus»*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, *sin que sea bastante para desvirtuarla el cumplimiento de reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos* (Sentencias de 16 de octubre de 1989 [RJ 1989/6923], 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre 1990 [RJ 1990/3690, RJ 1990/8534 y RJ 1990/9047], 28 de mayo de 1991 [RJ 1991/3940] y 24 de mayo de 1993 [RJ 1993/3727], entre otras). Por otro lado, además de lo que acaba de decirse en sede de teoría general, ha de tenerse en cuenta que, como ya dijo la sentencia últimamente citada, al resolver un caso análogo al que aquí nos ocupa, el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, *configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados “por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades”*, que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar (hablando en mera hipótesis, que no concuerda con los hechos que declara probados la sentencia recurrida, al aceptar el resultado probatorio obtenido por la de primera instancia) hayan podido respetar, decimos, los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, *lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.»*

Esta sentencia no presenta la teoría del riesgo con la claridad con que se hará más tarde, pero es buena muestra de cómo los argumentos utilizados para fundamentar la responsabilidad objetiva (el riesgo, el beneficio obtenido a partir de la creación de éste, etc.) se utilizan como herramientas que facilitan el

reconocimiento de la culpa del demandado. La sentencia no parece dispuesta a admitir que el demandado pueda destruir esa presunción de culpabilidad probando un nivel de diligencia que le exculpe y, de hecho, equipara su resultado al que se hubiese obtenido de aplicarse el artículo 1908.2.º CC, de responsabilidad objetiva. Este modo de actuar facilita la idea del *continuum* entre la responsabilidad por culpa y objetiva. Ahora bien, si se quiere ser coherente, la sentencia que se mueva en el ámbito de la responsabilidad por culpa (con o sin inversión de la carga de la prueba) debería dejar abierta la posibilidad de que el demandado se exculpe –y no responda– probando su diligencia; si no lo permite, estará aplicando una regla de responsabilidad objetiva con vulneración del principio de enumeración y provocando la consiguiente inseguridad, pues una exculpación que es posible en teoría, en la práctica quedaría desmentida. Claro que esto es algo que ocurre a pesar de contar con un tenor literal como el del artículo 1903 CC.

Se hace eco de las sentencias anteriores la de 28 de enero de 2004 (RJ 2004/153), que trataba de la intensa contaminación –por fluorosis– provocada por una empresa, y de los efectos negativos que había causado en el ganado criado en las inmediaciones:

«La sentencia, más reciente, de 7 de abril de 1997 (RJ 1997, 2743), que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3727), contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: “el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados ‘por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades’, que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros”».

La STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/3431), sobre contaminación acústica, interesa por su exposición del itinerario jurisprudencial más relevante en materia inmisiones, y por la claridad de su interpretación objetiva del artículo 1908-2.º CC:

«Ya específicamente sobre contaminación acústica o por ruidos, la sentencia de 29 de abril de 2003 (RJ 2003, 3041) hace una recepción expresa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera luego que la

referencia a los “humos excesivos” en el ordinal 2.º del artículo 1908 del Código Civil “es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código Civil” y, finalmente, reitera una vez más la doctrina de la Sala al afirmar que “los ruidos desahorados y persistentes, aunque éstos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas”, dejan de ser admisibles cuando se traspasan determinados límites”; que la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados”; y en fin, que por la conocida preexistencia de la vivienda” del actor, incumbía tanto a la corporación como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable”.

Después, la sentencia de 28 de enero de 2004 (RJ 2004, 153), mediante una interpretación del artículo 1908 del Código Civil de acuerdo con el artículo 45.1 de la Constitución, extendería la formulación de aquel precepto a las inmisiones intolerables y al medio ambiente”; consideraría que no era misión del Derecho civil la protección del medio ambiente en abstracto pero sí la protección específica a derechos subjetivos patrimoniales” frente a agresiones de carácter medioambiental; y en fin, reiteraría una vez más tanto la doctrina de que el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide la apreciación de responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica” como la relativa al carácter objetivo de la responsabilidad contemplada en el artículo 1908 del Código Civil, todo ello en relación con un caso de daños a los propietarios de fincas y de cabezas de ganado por una intensa contaminación por fluorosis.»

La demandada/recurrente alegaba que,

«desde el momento en que las obras para el nuevo trazado ferroviario fueron autorizadas por la Administración, mediando expediente expropiatorio por razones de utilidad pública e interés social, y además la actividad empresarial presuntamente dañosa, constituida por la circulación de trenes entre dos factorías de la empresa demandada-recurrente, no sólo está igualmente autorizada sino que incluso representa un notable beneficio económico para la zona. En suma, para la recurrente los demandantes tendrían que haber hecho valer sus derechos en el expediente expropiatorio, y luego ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa en su caso, pero no reclamar una indemnización por depreciación, contraria a la legislación administrativa sobre la delimitación de zonas de dominio público, zonas de servidumbre y zonas de afección.»

Y el TS rechaza esas razones,

«porque en ningún caso la sentencia impugnada concibe el derecho de propiedad de los demandantes como absoluto o ilimitado, ni se aparta de su configuración constitucional como naturalmente delimitado, ni desde luego tampoco viene a ampliar de ningún modo lo que en su día fue objeto de expropiación, sino que, pura y

simplemente, aplica los artículos 1902 y 1908 del Código Civil interpretados según la tradicional, constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala que reconoce el derecho a indemnización aunque la actividad cuente con autorización administrativa y haya estado precedida del oportuno expediente expropiatorio.» (...) Entiende que la generación de ruidos por la actividad de la empresa demandada es innegable, la responsabilidad fundada en el artículo 1908 del Código Civil tiene carácter objetivo y, en fin, *la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca.* En el caso examinado se declara probada la posibilidad técnica, y económicamente razonable, de disminuir considerablemente los ruidos mediante una determinada configuración de las pantallas paralelas a la vía y mediante unos límites también razonables a la velocidad de circulación y a la composición de los trenes, por lo que tal concepto ha de mantenerse como indemnizable. Cuestión distinta es, sin embargo, la afectación del paisaje, que de la sentencia recurrida imputa a la recurrente para obligarla a indemnizar a ambos demandantes por la depreciación de sus respectivas viviendas y a uno solo de ellos, además, por daño moral al unir a su condición de propietario la de habitante de la vivienda. Pues bien, sobre esta otra cuestión sí debe ser estimado el motivo, porque el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.»

En la STS de 16 de enero de 2002 (RJ 2002/8), sobre la muerte de unas truchas por elevación de la temperatura del agua causada por la actividad de una central nuclear, se da por acreditada la culpa de ésta al haber elevado la temperatura del agua muy por encima de lo permitido; no se admitió como «culpa concurrente» el número pretendidamente excesivo de truchas que se criaban en la piscifactoría afectada, pues de ningún modo se había probado que ese número tuviera algo que ver con la mortandad de las mismas. En todo caso, la sentencia gira en torno a un problema ordinario de responsabilidad por culpa. Sin duda, recuerda algo al caso de los zorros plateados que se analizó anteriormente, aunque en el contexto de la responsabilidad objetiva. Lo cierto es que abre la posibilidad a considerar que, si entre las causas del daño se encontraba el tipo de explotación, se hubiese podido disminuir la indemnización debida, aunque es de suponer que la explicación hubiese girado en torno a la compensación de culpas.

Sobre el artículo 1908-3.º del Código civil, ofrece una buena interpretación en clave objetiva la STS de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998/1122): se trataba de un accidente de circulación por haber colisionado con un árbol, caído en la calzada a consecuencia de un temporal. Se demandaba al Ayuntamiento,

como propietario del terreno en el que se encontraba el árbol, y a la Comunidad Autónoma, como responsable de las obras de ejecución de la calzada, a la que se reprochaba haber dejado un árbol tan cercano al trazado de la carretera.

«Subyace, bajo el planteamiento del órgano colegiado de segunda instancia un trasfondo de confusión, (explicable por otra parte) entre los ámbitos aplicativos de los artículos 1908.3.º y 1902 del Código Civil, respectivamente. El artículo 1902, tiene sentido general y se extiende a toda acción u omisión que causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, de manera que cuando en la producción del evento dañoso concurren causas concatenadas, sin solución eficaz de continuidad, originadas o no impedidas por conductas omisivas o comitivas negligentes, que provienen de distintas personas, la pluralidad de éstas son responsables y comparten la totalidad de los daños con carácter solidario. En el caso, sin embargo, la inicial negligencia de la Xunta está reconocida por la propia sentencia impugnada, pues probado ha sido, como relata la sentencia de primera instancia que el singular e irregular emplazamiento del árbol dentro del talud se remontaba al tiempo de construcción de aquella vía por la Xunta de Galicia, quien creó, por ello, un riesgo previsible que era evitable de mediar por su parte la elemental diligencia de retirarlo. *El artículo 1908.3.º tiene sentido específico, por cuanto se refiere al propietario y a un evento determinado (“caída de árboles colocados en sitios de tránsito”), pero, además, el supuesto normativo no exige directamente la culpa del propietario, por lo que se diferencia del supuesto anterior.* Y esta diferencia, no carece de interés dado que, pese a las doctrinas sobre la inversión de la carga de la prueba, riesgos aportados, etc., que tienden a una aproximación de la culpa extracontractual con la responsabilidad objetiva, en aquélla no puede faltar el reproche culpabilístico, mientras que la responsabilidad que deriva del artículo 1908.3.º se considera, junto con otros casos, como ejemplos dentro del Código Civil de responsabilidad objetiva (v gr., *no basta para excluirla una prueba del demandado sobre su actuación diligente; es preciso demostrar que el accidente no lo ocasionó “la fuerza mayor”*). (...) La acción que confiere el artículo 1908 otorga al actor un plus de facilitación del éxito de su pretensión, superior al reconocido por el artículo 1902. En el caso, sin embargo, la condena al Ayuntamiento se fundamenta, razonablemente, de acuerdo con la prueba practicada, en el artículo 1902 del Código Civil. Pero esta condena, conforme a lo explicado no debe ceñirse, exclusivamente, al sujeto, ahora propietario, sino que debe extenderse con alcance solidario, sin perjuicio de las relaciones internas que existan entre ambas entidades, a la Xunta de Galicia, que colaboró eficazmente con su negligencia a la producción del daño.»

La sentencia es certera al señalar las ventajas de la responsabilidad objetiva en cuanto a la carga de la prueba de los presupuestos de la pretensión. Por desgracia, este discurso –que es, por otra parte, el que más interesa a las víctimas– ha quedado en gran medida difuminado entre tanta argumentación sobre el fundamento de la responsabilidad que no ha terminado de concretarse en consecuencias prácticas: quién debe probar qué y en qué orden.

La jurisprudencia ofrece también una interpretación objetiva del artículo 1910 CC. Además, en este caso no ha tenido inconveniente en aplicarlo extensivamente a supuestos de hecho que podrían considerarse lejanos al previsto por la norma, invocando el artículo 3 CC y el recurso a la analogía. En la STS de 21 de mayo de 2001 (RJ 2001/6464), el demandante era un cliente de una discoteca que, mientras se encontraba bailando, recibió el impacto de un vaso de vidrio u otro objeto del mismo material (como un cenicero, etc.) y, en consecuencia, perdió totalmente la vista del ojo derecho. No se llegó a conocer la identidad de quien realizó el lanzamiento, ni si fue intencionado o negligente. El cliente demandó a la discoteca y el TS estima el recurso invocando el artículo 1910 CC:

«El citado artículo 1910 CC, que consideramos plenamente aplicable al caso, está pensado para situaciones que son homologables a la presente, tomando en cuenta, según sus antecedentes históricos, la «necesidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma» (art. 3-1 del Código Civil). Ya la «*actio de effusis vel dejectis*» (Fragmento primero del Título III, del Libro IX del Digesto) tenía un claro matiz objetivo, que recogieron las Leyes de Partidas y reprodujo, con mayor extensión en cuanto a su contenido –dada su redacción– el artículo 1910 del Código español que, en este extremo, orilló la exclusión de tales normas del Código francés, y, por tanto, la necesidad del fundamento culposo, lo que, desde la perspectiva práctica, elimina la exigencia de prueba, pero no significa que su razón ético-jurídica se desvincule del deber general de evitar peligros potencialmente, causantes de daños, que asume institucionalmente, con mayor razón, el llamado por su especial posición, a crear las condiciones adecuadas para que no se produzcan. De aquí, la labilidad de la frontera entre las normas sobre responsabilidad extracontractual, las generales y las específicas, como el artículo 1910. El «supuesto de hecho» anuda la responsabilidad al «cabeza de familia» «por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la casa que habita». Y tal figura se interpreta por la doctrina referida a la persona (o entidad) que como titular jurídico, utilice la vivienda o local y tiene el deber de controlar lo que ocurre en su recinto. Ninguna regla impone, además, que la cosa arrojada tenga necesariamente que proyectarse fuera del recinto, esto es, impactar en la calle o en casa o local vecino. Más bien, el buen sentido impone una solución acorde con la finalidad del precepto, protectora igualmente de los que están dentro del local en cuestión, como es nuestro caso. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina de esta Sala que impide, la casación, cuando se llega al mismo resultado condenatorio, por argumentos jurídicos distintos, se desestima el motivo.»

El TS llama la atención sobre la dificultad de trazar una línea clara entre la regla general (art. 1902 CC) y las reglas especiales (como el artículo 1910 CC). Esto es especialmente cierto para este precepto pues, como se ponía de relieve en el primer capítulo, más que atribuir el daño accidental (el producido a pesar de llevarse a cabo una conducta diligente) con un criterio objetivo a quien ha generado el riesgo de que

se produzca, lo que se hace es atribuir (objetivamente) al cabeza de familia el daño que causen con negligencia los que se hallen en su esfera doméstica de control y, por tanto, *se incorpora* la culpa al supuesto de hecho. Desde un punto de vista práctico, esto supone que, *probado el supuesto de hecho*, ni habrá que probar la culpa del demandado ni éste podrá invocar su diligencia, o que fue otro quien causó dolosa o culpablemente el daño, sino solo las causas de exoneración propias de la responsabilidad objetiva. Lo que resulta injustificable es que el supuesto de hecho que contempla la sentencia pueda asimilarse al del artículo 1910 CC: ¿acaso es equiparable la posición del cabeza de familia que habita una casa, respecto de las cosas que se arrojen o caigan de la misma, a la del titular de una discoteca respecto de lo que se arroje o caiga en la misma por cualquiera de las personas que se encuentren dentro?

La aplicación extensiva del artículo 1910 CC viene de lejos y ha sido invocada en casos verdaderamente singulares. En la conocida STS de 12 de marzo de 1975 (RJ 1975/1798; Sala 4.^a), un enfermo mental se arrojó por la ventana de un hospital y cayó sobre una pareja de prometidos: el novio murió y la novia sufrió considerables lesiones. Se hizo responsable a la entidad pública de la que dependía el hospital (la Diputación de Granada) y, con independencia de que se tratara de un supuesto de responsabilidad de la Administración Pública, la sentencia afirma que

«sería igualmente responsable objetivamente la Corporación aunque los servicios hubieran funcionado perfectamente, pues aun no hallándose la víctima relacionada con la actividad de la Administración, ya que se limitaba a pasar por la acera del hospital donde recibió el golpe del enfermo que se había arrojado por la ventana, este procedía del edificio donde el servicio se presta y en relación con el cual señala el artículo 1910 del C. Civ. que el ocupante responde de los daños causados por lo que se arroje o caiga de un inmueble, sin que aquí proceda hacer distinción entre objeto o persona al no poder reputarse ésta como tercero responsable ajeno a la esfera del servicio según se ha dicho».

Con sentencias como éstas se explica bien el recelo casi unánime a que las reglas de la responsabilidad objetiva sean extendidas a supuestos «análogos».

2.7 Navegación aérea

La STS de 22 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8870) trataba de los daños causados por unas turbulencias a una pasajera que no se había abrochado el cinturón de seguridad:

«El núcleo de la cuestión que ha planteado la recurrente se localiza en el segundo motivo y refiere a la aplicación por el Tribunal de apelación del ar-

título 120, en lugar del 121, ambos de la Ley 48/1960. Como se sabe, el primero de dichos preceptos combina una responsabilidad de base objetiva con una limitación cuantitativa de la indemnización, la cual queda excluida en el segundo a cambio de exigir una imputación del daño a la transportista o sus dependientes a título de dolo o de culpa grave. Lo que, al fin, pretende la recurrente es que apliquemos el artículo 121 de la Ley 48/1960 y condenemos a las sociedades demandadas a indemnizarle, sin más límite que el resultante de su petición y de la entidad de los daños. Para lograrlo debería conseguir un cambio en la composición del supuesto de hecho perfilado en la instancia o convencer de que aquel merece una distinta valoración jurídica. Lo primero no lo ha pretendido, al menos por la única vía procesal en que cabe: la del llamado error de derecho en la valoración de la prueba. Lo segundo lo ha pretendido por medio de un motivo mal formulado, en la medida en que los preceptos que en él se dicen violentados no lo han sido, pues no fueron aplicados ni debieron serlo. En efecto, *el Tribunal de apelación calificó las lesiones como causadas por haber incumplido la transportista una prestación accesoria de la principal pactada en el contrato de transporte, cual la de proteger al viajero ante los riesgos evitables que para su integridad física derivasen del vuelo; calificó el supuesto a la luz de las normas específicas que regulan tal tipo concreto de responsabilidad contractual*, exigiendo para poder afirmarla sin límite cuantitativo no cualquier tipo o grado de culpabilidad, sino el dolo, esto es, un incumplimiento intencional, en el sentido de consciente y voluntario, o la culpa grave, esto es, la tradicional culpa lata o grado más intenso de negligencia, en cuanto determinante del incumplimiento, que se entiende provocado por una grosera falta de la diligencia exigible para remover obstáculos previsibles a una correcta o regular ejecución del transporte de personas; y, por entender que no concurría ninguno de esos componentes subjetivos en el comportamiento de la transportista o de sus dependientes, aplicó el artículo 120 con la limitación cuantitativa que el mismo conlleva.»

La sentencia pone de relieve el carácter contractual de la responsabilidad objetiva regulada en la LNAE respecto de los pasajeros y, desde esa perspectiva, la situación se asemeja bastante a la de un peculiar seguro obligatorio de viajeros: si fuese este el que concierne un seguro al comprar el billete, el resultado sería el mismo, aunque habría que considerar las ventajas e inconvenientes de obligar a concertar un seguro de responsabilidad civil a la empresa o uno de daños a cada uno de los viajeros. Se puede agregar que en el caso no se menciona la posibilidad de reducir las cantidades por culpa concurrente de la víctima, lo que sin duda se había probado en el caso. También queda patente el propósito de acudir a las reglas de la responsabilidad por culpa para evitar los límites cuantitativos de la responsabilidad objetiva. La distribución de la carga de la prueba es correcta: corresponde al demandante probar el dolo o la culpa grave del demandado.

También es clara la STS de 28 de mayo de 2007 (RJ 2007/3131):

«1.^a La responsabilidad por accidentes que tienen lugar con ocasión de la navegación aérea está regida por la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea. En esta Ley se establecen dos tipos de causas de indemnización cuando tiene lugar un daño con ocasión de un accidente aéreo: la primera es la que impone una responsabilidad puramente objetiva en los artículos 116 y 120 de la mencionada Ley, de modo que el artículo 120 establece que “la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”. Nos hallamos, como resulta evidente de la lectura de esta disposición, ante *una responsabilidad objetiva, que no admite ninguna causa de exoneración y que se combina con un sistema de limitación de la cantidad en que el daño aparece cuantificado*. De acuerdo con ello, el hoy recurrente ha obtenido ya una indemnización.

2.^a Esta responsabilidad objetiva se combina con una responsabilidad por dolo o culpa grave, para la que no operan los límites establecidos en los artículos 117 y 120 LNA y que está recogida en el artículo 121 LNA, cuando establece que “[...] el transportista u operador responderá de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave [...]”, como ha puesto de relieve, por otra parte, nuestra sentencia de 22 septiembre 2005 (RJ 2005, 8870).

El recurrente pretende que se aplique este último tipo de responsabilidad, de modo que se declare que el accidente tuvo lugar por una imprudencia del piloto que podría constituir el supuesto de dolo o culpa grave que obliga a responder sin los límites cuantitativos establecidos en el artículo 120 LNA y ello no puede ser admitido en este recurso, por las siguientes razones:

1.^a El recurrente hace supuesto de la cuestión, porque al pretender que se declare que el resultado dañoso es suficiente para patentizar la falta de cuidado debido, olvidando que de la prueba efectuada, de los informes contenidos en los autos y muy especialmente del informe técnico emitido a raíz del accidente por la Comisión de investigación de accidentes, del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, aportado por el mismo demandante, ahora recurrente, se desprende que concurrieron causas fortuitas en la producción del accidente, debido a una tormenta que “produjo una turbulencia que sorprendió al piloto”, por lo que *existe un caso fortuito, que si bien no impide la indemnización establecida en el artículo 120 LNA, sí que impide la del artículo 121 LNA*. El recurrente no impugna aquí la prueba por los cauces adecuados, sino que se limita a interpretar en beneficio propio, una prueba calibrada con criterios racionales por la Audiencia, por lo que claramente está incurriendo en el vicio procesal denunciado.

2.^a En este primer motivo el recurrente pretende que se apliquen dos criterios que se han utilizado por esta Sala para facilitar la prueba de la existencia de culpa, uno el de la inversión de la carga de la prueba cuando se trata de accidentes causados por actividades de riesgo, como es la navegación aérea y otra, la consistente en la técnica conocida como *res ipsa loquitur*, al considerar que el propio resultado permite entender que nos encontramos ante una falta de cuidado y demuestra que no se han tomado las medidas adecuadas para evitar el daño. El recurrente olvida que el artículo 121 LNA, de aplicación preferente por tratarse de una Ley especial, exige para la responsabilidad que allí se establece que se pruebe el dolo o la culpa grave del transportista o de sus dependientes. Por tanto, no pueden aplicarse en este caso las reglas alegadas por el recurrente, porque *se debería haber probado que concurrió alguno de estos elementos que determinan la responsabilidad sin los límites de la objetiva* establecida en el artículo anterior y ello no ha ocurrido en todo el procedimiento.

3.^a No puede deducirse simplemente del resultado acaecido, el accidente, el incumplimiento de los reglamentos, cuando la Ley exige, para imputar la responsabilidad que se haya probado la culpa grave o el dolo del dependiente o del transportista (como en un caso parecido apreció nuestra sentencia de 2 de enero de 2006 [RJ 2006, 129]). (...)»

La STS de 15 de abril de 2009 (RJ 2009/1764), que ya se ha comentado brevemente, se enfrentaba a un supuesto en el que no se conocían con exactitud las causas del accidente y se pregunta cómo se comporta la regla de responsabilidad objetiva en esos casos:

«Los hechos que han dado lugar al presente litigio son, en síntesis, los siguientes: a) La actora doña Josefina contrató para su esposo, don Benito, un curso de formación o aprendizaje para vuelos en ultraligero que habría de impartir la entidad Aeroservicios León S.L. en la localidad de Chozas de Abajo, y que efectivamente se llevó a cabo con la intervención del monitor don Juan Ramón; b) El curso comenzó en el año 1998, acudiendo a las clases de forma esporádica don Benito; c) El día 25 de noviembre de 2001 se determina que el alumno puede ya volar solo, por lo cual a partir de dicha fecha realiza algunos vuelos en solitario; d) El día 15 de diciembre de 2001, a primera hora de la mañana, acude don Benito a las instalaciones de Aeroservicios León S.L. para realizar un vuelo y, tras los oportunos trámites, lo inicia siendo asistido desde tierra por el instructor don Juan Ramón; e) Nada más iniciar el despegue y tomar cierta altura, el aparato, con el motor muy revolucionado, cae en picado hacia el suelo estrellándose y falleciendo el piloto don Benito.

(...) El segundo de los motivos, que adolece de falta de cita del precepto que se considera infringido, denuncia la aplicación indebida de la doctrina y jurisprudencia alusiva a la responsabilidad objetiva, al no haber sido apreciada la culpa exclusiva de la víctima que fue oportunamente alegada y, según afirma, acreditada en el transcurso del procedimiento.

El motivo no puede ser estimado en cuanto parte de una consideración sobre la existencia de culpabilidad exclusiva en la víctima que se aparta de lo razo-

nado por la sentencia que se recurre, en cuanto la misma no contiene dato alguno del que deba desprenderse tal culpabilidad exclusiva. Precisamente el argumento que trae a colación la ahora recurrente se aleja de la propia esencia de la responsabilidad de carácter objetivo que rige en el caso y que se establece en el artículo 120 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, en cuanto establece que “la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”; norma que resulta de aplicación a la extensión de responsabilidad que se comprende en el repetido artículo 2 del Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, respecto de alumnos y tripulantes.

Para ello, a falta de mención por la sentencia impugnada de dato alguno que aluda a la culpabilidad de la víctima, lo que de por sí desembocaría en la desestimación del motivo, trae a colación la parte recurrente lo recogido en el fundamento quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de que “lo que realmente sucedió a D. Benito es probable que no se sepa nunca pero no se prueba en modo alguno que su muerte sea imputable a los demandados y no se descarta posibilidad alguna (inclusive el suicidio) a tenor de lo probado en el acto del juicio y de las circunstancias personales de D. Benito con un negocio con pérdidas relevantes”.

Pues bien, *precisamente el desconocimiento de las causas del accidente es lo que fundamenta la aplicación del principio de responsabilidad objetiva –sin culpa– del empresario de la navegación* que está presente en las normas que se han indicado, las cuales imponen para tal caso la suscripción de un seguro de carácter obligatorio y fijan las cuantías indemnizatorias que resultan de aplicación.»

La sentencia pone de relieve hasta qué punto el no poder saber qué es lo que ocurrió juega un papel distinto cuando se trata de aplicar una norma de responsabilidad objetiva y en el contexto de un contrato: si el daño está dentro del fin de protección de la norma y no se consigue probar una causa de exoneración, el demandado responde.

Por último, la STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012/9725) se encarga de un accidente al que no era aplicable la LNA:

«El hecho fundamental del litigio (...) acaeció el 20 de mayo de 1995 al precipitarse al suelo una avioneta de cuatro plazas, durante unas maniobras de toma-despegue como parte del examen para obtener la licencia de piloto, con tres personas a bordo: el demandante, aspirante a la licencia de piloto privado, que ocupaba uno de los dos asientos traseros y por tanto no pilotaba en ese momento; otro aspirante, que ocupaba el asiento delantero izquierdo y murió a consecuencia del impacto al golpearse la cabeza contra el cuadro de mandos; y el piloto examinador, que ocupaba el asiento delantero derecho y sufrió lesiones al golpearse también contra el cuadro de mandos.

La demanda, fundada en el Código Civil y no en la Ley sobre Navegación Aérea, se dirigió contra la sociedad estatal propietaria de la avioneta (“Sociedad Estatal de Enseñanzas Aeronáuticas Civiles S.A.”, en adelante Senasa) que, además, impartía el curso de vuelo a ambos aspirantes, así como contra la compañía aseguradora de su responsabilidad civil, alegándose muy especialmente, como causa del siniestro, un error de pilotaje del examinador, que no pertenecía a Senasa sino que era funcionario de la Dirección General de Aviación Civil. No obstante, en fase de conclusiones el demandante prescindió de ese elemento y centró la responsabilidad de Senasa en un defectuoso mantenimiento de la avioneta porque la causa del siniestro habría sido, en realidad, no un error de pilotaje sino el bloqueo de los mandos del timón de profundidad. (...)

El motivo único del recurso de casación se funda en infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia al respecto, y su desarrollo argumental, enlazando con esa parte final del alegato del motivo por infracción procesal, *tiene como punto de partida que la demandada solo podía exonerarse de responsabilidad probando la culpa exclusiva de los tripulantes del avión que no tuvieran relación laboral con ella o, en su defecto, circunstancias externas e imprevisibles*. Se aduce a continuación que la demanda no se fundó en la Ley sobre Navegación Aérea porque esta no incluyó en su ámbito de aplicación a los alumnos pilotos hasta el RD 37/2001, por tanto varios años después de los hechos enjuiciados; que la doctrina de creación del riesgo sí ha sido aplicada por la jurisprudencia a la navegación aérea; que en el momento de precipitarse la avioneta al suelo, quien la manejaba era el piloto examinador; que el demandante era un estudiante que había pagado a Senasa 50.300’15 euros para recibir la formación adecuada como piloto; que la “total desvinculación” entre el piloto examinador y Senasa, afirmada por la sentencia recurrida, no eximía a Senasa de tener la avioneta en óptimas condiciones; y en fin, que por la doctrina del riesgo, cuya aplicación se propugna en el motivo, no era a la actora a quien correspondía probar algún defecto de la avioneta, «sino que era la demandada quien tenía que probar que el avión estaba en perfectas condiciones antes de emprender el vuelo y que el accidente se produjo exclusivamente por la interferencia de elementos extraños a ella, como la propia actuación de la víctima, de un tercero sin relación con ella o la fuerza mayor». Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a) Como ya se ha razonado al examinar el motivo único por infracción procesal, lo que pretende el demandante es aplicar a los hechos enjuiciados un régimen especial de responsabilidad civil, muy próximo al de la circulación de vehículos a motor, pero citando como infringida la norma básica o fundamental del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil.

2.^a) Al propugnar la aplicación de ese régimen especial, el recurrente va más allá incluso que la propia ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, porque mientras esta centra la responsabilidad en el conductor, el motivo, en cambio, lo centra en la compañía propietaria de la aeronave al margen totalmente de la responsabilidad de sus tripulantes.

3.^a) Con semejante planteamiento, que viene a exigir una evidencia o prueba plena del perfecto estado técnico de la aeronave antes del siniestro, imposible de lograr en casos como el presente debido a las propias consecuencias del impacto, el motivo terminaría por llegar a una responsabilidad objetiva equivalente a la que para el transportista establece el artículo 120 de la Ley sobre Navegación Aérea que el propio recurrente considera no aplicable en el presente caso.

4.^a) De lo anterior se sigue que son las propias alegaciones del motivo las que desvirtúan que la sentencia impugnada haya podido infringir el artículo 1902 CC y la jurisprudencia sobre el mismo, pues la doctrina de esta Sala, como atinadamente razona el tribunal de apelación, nunca ha llegado al extremo, en la interpretación de dicha norma, de erigir el riesgo en fuente única de responsabilidad. Es más, en relación con el régimen de responsabilidad subjetiva del artículo 121 de la Ley sobre Navegación Aérea, fundado en el dolo o culpa ajena, la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3131) rechazó que el resultado dañoso acreditara por sí solo la falta del cuidado debido y, en materia de prueba, consideró especialmente relevante el informe de la Comisión de Investigación de Accidentes del Ministerio correspondiente.

5.^a) Por tanto, habiendo tenido por probado el tribunal, en ejercicio de la potestad de valoración conjunta de la prueba que legal e institucionalmente le viene atribuida, que la avioneta se precipitó al suelo por la propia maniobra y no por un bloqueo del control de profundidad, que en su caso habría aconsejado un aterrizaje de emergencia «sin cambios pronunciados en la actitud de vuelo del avión» (informe de la Comisión), la imputación de responsabilidad a Senasa con base en el artículo 1902 CC tendría que prescindir por completo de la culpa o negligencia que esta misma norma exige. En suma, los hechos que la sentencia recurrida declara probados y la falta de relación de dependencia entre el examinador y la sociedad demandada distinguen este caso del analizado por la sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 5291), siniestro de una aeronave con dos alumnos y un instructor a bordo, porque además de tenerse por probada entonces la relación de dependencia entre el instructor y la compañía demandada, no había prueba de las causas por las que la aeronave se había precipitado a tierra.

6.^a) Finalmente, sobre la tesis de la responsabilidad por riesgo mantenida en el motivo, es cierto que un centro de enseñanza para la obtención de la licencia de piloto debe poner todos los medios para garantizar la seguridad de sus alumnos, pero también lo es que la asunción del riesgo de volar tiene mucha más intensidad para los aspirantes a la licencia que para los pasajeros de líneas aéreas o aeronaves autorizadas para el transporte de viajeros, ya que mientras en el transporte la regla general es evitar maniobras arriesgadas, en cambio la enseñanza del vuelo y los exámenes correspondientes comportan de por sí maniobras que simulen situaciones apuradas que el aspirante a piloto sea capaz de superar. Se produce así, en casos como el enjuiciado, una asunción de riesgos compartidos por todos los tripulantes de la aeronave que no permite imponer a su propietaria, titular a su vez del centro de enseñanza, un régimen de responsabilidad objetiva con base en el artículo 1902 CC.»

La sentencia parece admitir que si hubiese existido una relación de dependencia entre el examinador y la demandada se hubiese podido condenar a ésta por el artículo 1903 CC, pues en el momento del accidente la avioneta era pilotada por aquél y se precipitó al suelo por su maniobra, y no por una avería del aparato, como se había intentado demostrar, o por aplicación de una norma de responsabilidad objetiva. Parece claro que si el examinador a quien se imputa el accidente no pertenece a la compañía demandada, propietaria del avión, no resulta posible hacer responder a ésta *en el ámbito de la responsabilidad por culpa, propia o ajena*. Con todo, siendo la demandada la entidad que organiza los exámenes para la obtención del título de piloto, ¿no se hace responsable frente a sus clientes –en virtud de la relación contractual– de los daños accidentales que resulten del examen, como «riesgo asumido al contratar»? ¿no se trata de una indemnización con lógica contractual: el alumno tiene derecho a no resultar dañado –salvo culpa propia– mientras dure la relación contractual, que concluye con el examen; o se trata de un riesgo asumido por el alumno al contratar? Poco después la legislación cambió para entender que dicho daño caía también dentro del ámbito de protección de la responsabilidad objetiva de la LNAE: la empresa no puede escudarse en que el piloto no tiene una relación de dependencia con ella para no responder.

A continuación se tratará la jurisprudencia sobre el artículo 148 TR LGDCU. Por la variedad de asuntos implicados, procede hacer una aproximación a los grupos de casos más representativos.

2.8 Productos defectuosos

La sentencia de 23 de junio de 1993 (RJ 1993/5380) es una buena muestra de aplicación objetiva de la norma cuando aún se encargaba de la responsabilidad por producto defectuoso, antes de la entrada en vigor de la LRPD. Se trataba de los daños causados por la explosión espontánea de una botella de cerveza.

«Su artículo 28 establece una responsabilidad objetiva [S. 23 de mayo de 1991 (RJ 1991/3784)] en los productos alimenticios hasta determinado límite cuantitativo, siempre que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de los bienes. Por tanto, *ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso y consumo, sino al fabricante la prueba de que fue incorrecto para liberarse de su obligación de responder*. Es la culpa de la víctima, en otros términos, lo

que le exime y es prueba que corresponde al fabricante, como ocurre generalmente cuando el legislador establece la responsabilidad objetiva, además de que el obrar correctamente se presume por principio en el actuar humano, lo mismo que la buena fe. Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto, exigido en el párr. 1.º del tan citado artículo 28, de que el daño sea causado por el uso y consumo de tal producto (relación de causalidad), y la sentencia recurrida da por probado que la lesión a la actora la originó la explosión de una botella de cerveza “Cruzcampo”, sin que esta apreciación del material probatorio se haya combatido.» (...)

Alegaba también la recurrente la infracción del artículo 1902 CC y su interpretación conforme a la teoría del riesgo, y «del artículo 1105 del Código Civil, porque, a pesar de todas las medidas precautorias seguidas en la elaboración y embotellado de sus productos, puede surgir en alguna determinada ocasión un hecho no previsible y desde luego inevitable que se encontraría plenamente integrado en la configuración jurídica del caso fortuito, y en el presente caso se tuvo que apreciar tal y como recogió la sentencia de primera instancia».

El TS reprocha a la sentencia recurrida que en su argumentación yuxtaponga la doctrina del riesgo y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

«Tal yuxtaposición que se hace para fundamentar la condena de “La Cruz del Campo SA” es contradictoria porque el artículo 28 de la Ley citada acoge el principio de la responsabilidad objetiva, y además es inútil, por cuanto este último precepto es el aplicable al asunto litigioso. Por ello, no puede operar aquí ninguna inversión de la carga de la prueba, ni la calificación de caso fortuito al suceso origen del daño, no sólo porque no se ha probado ni intentado siquiera que concurran sus elementos definidores, sino porque la Ley de 1984 no lo considera como causa de exención de responsabilidad, sólo la culpa exclusiva de la víctima (art. 25, que en el artículo 28 se traduce por el uso o consumo no correcto del bien o servicio).»

Es un ejemplo de buen hacer o, si se prefiere, de coherencia en el planteamiento objetivo: la decisión no depende de la inversión de la carga de la prueba (de la culpa); las causas de exoneración son las expresamente contempladas por la norma. En cuanto a la carga probatoria del demandante, parece especialmente beneficiosa para él, pues no le obliga a probar el defecto, o que haya realizado un uso correcto del producto.

Con la llegada de la LRPD, la situación cambia en la medida en que el artículo 5 (actual artículo 139 TR LGDCU, Prueba: «El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.») establece que el demandante ha de probar el defecto. Hoy uno de los puntos conflictivos más interesantes del ámbito de la responsabilidad por producto defectuoso es precisamente la prueba del defecto o, si se prefiere, las facilidades que se dan al demandante

para acreditar el defecto del producto –que en ocasiones queda destruido– o la relación de causalidad entre el defecto y el daño²⁸⁸.

En la STS de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007/1859) había explotado una máquina plastificadora, pero faltaba la prueba de la causa de la explosión. La AP había rechazado la pretensión indemnizatoria alegando que la actora no había probado que hubiera culpa por parte de la demandada, sin que fuera posible aplicar la teoría de la inversión de la carga de la prueba, lo que supondría conceder relevancia a una de las hipótesis (sobre qué es lo que había pasado) en detrimento de otras, cuando ninguna se había probado. El TS matiza y entiende que el problema no estaba en que no se hubiese probado la culpa de la demandada, pues si lo que estaba en juego era la responsabilidad por producto defectuoso, ese no era un requisito de la pretensión. Lo que ocurría era que el conocimiento (o una probabilidad cualificada suficiente para establecerlo) del origen de la explosión resultaba imprescindible para poder atribuir la misma al demandado, recayendo la carga de la prueba de la relación de causalidad en quien demandaba: la LRPD obliga al que pretende obtener la reparación de los daños que pruebe el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ellos. Cuando se desconoce a qué obedeció la explosión, la existencia de ésta no justifica sin más que se dé por probada la relación causal entre un defecto hipotético (no probado) del objeto que explota y la explosión que causa los daños, de manera que sea el demandado quien tenga que desvirtuarlo.

Sin embargo, la STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007/1895), en un caso en el que explotaba el piloto de una batería de condensadores, y partiendo de la misma base (el artículo 5 LRPD y la dificultad para conocer lo ocurrido), defiende que:

«no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se puede determinar la clase del mismo; *habrá que convencer al Juzgador de que el producto era inseguro*».

En este caso, aunque el perito no pudo determinar con precisión la causa de la explosión, sí llegó a la conclusión de que el problema estuvo en la batería (no en un cortocircuito, o en otra causa), y en consecuencia consideró que ésta era defectuosa, aunque no se llegara a probar en qué consistió el defecto:

«es claro que adolecía de la falta de seguridad que legítimamente cabía esperar, pues, como afirma el perito judicial, caso de producirse un cortocircuito lo

²⁸⁸ LUNA YERGA, A., «Causalidad y su prueba. Prueba del defecto y del daño», en SALVADOR CODERCH, S. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 441 y ss.

normal es que se funda el piloto de señalización, no que se produzca una explosión (...)».

Resulta también interesante la STS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5495), sobre el posible defecto de un marcapasos recientemente instalado en una persona que falleció por un problema cardíaco. En primera instancia se desestima la demanda de los herederos contra el fabricante del marcapasos por entender que no se había probado el defecto de éste y, por tanto, tampoco la relación causal entre el defecto y el daño. Sin embargo, la Audiencia Provincial dio por probado el defecto del producto argumentando que la empresa fabricante no había podido demostrar la ausencia de defecto en el marcapasos. El TS casa la sentencia de la AP, pues entiende que ésta:

«realiza la inversión de la carga de la prueba del defecto, poniendo a cargo del fabricante la carga de probar que no era defectuoso. Dicha inversión no se ajusta al artículo 5 LRPD. No es suficiente como “prueba del defecto” el informe del forense ante la práctica de la autopsia que indica como posible causa de la muerte un evento natural (parada cardiorrespiratoria), añadida a un posible fallo del funcionamiento del marcapasos. Es obvio que esta mera posibilidad no es ninguna prueba del defecto y de la relación de causalidad que guarda con el daño. Falta en este proceso una prueba pericial a cargo de los actores que hubiera permitido conocer dicho extremo».

En definitiva, no había ninguna prueba de que el marcapasos fuera defectuoso; la posibilidad de que lo fuera se apuntó como mera hipótesis por el médico forense, pero no resultó avalada por ninguna otra prueba o argumentación.

En sentido diverso, la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/4989) entendió que el fabricante de un *stent* debía responder de la muerte de una persona joven –trabajador de la construcción– por la rotura de aquél:

El TS estimó que «en el caso hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones del demandante están vinculadas a la rotura del *stent*, y también causalidad jurídica. No se niega que había un riesgo de que el *stent* se pudiera romper debido a ejercicios continuados durante el trabajo, y que este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta, y *lo que no es posible es poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad*. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la entidad demandada –fabricante del producto– y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia, conforme resulta de los hechos probados de la sentencia del Juzgado, puesto que la colocación del *stent* se hizo para que el actor pudiera seguir con su vida normal, sin que en ningún momento se le prohibiera continuar con el trabajo habitual porque el mecanismo de rotura por compresión muscular

no está descrito en la literatura médica y la posibilidad de rotura por sobreesfuerzo se habría materializado mucho antes de cuando ocurrió (...). Se trataba, en suma, de valorar la edad del paciente y devolverlo a su trabajo habitual, desde la idea de que como portador de un *stent*, el ejercicio físico no sólo podía realizarlo sino que debía realizarlo, con o sin la supervisión médica correspondiente, y, sin embargo, se rompió tres años después de haberse colocado».

La peculiaridad de la sentencia es, como se ve, que los argumentos no giran en torno al defecto del producto, sino a la falta de diligencia del fabricante, que era quien conocía los datos de fatigabilidad del producto.

Finalmente, en la sentencia de 30 de abril de 2008 (RJ 2008/2686), que trataba de un caso de incendio provocado por un defecto en el motor de un vehículo, el TS entiende que:

«la determinación de si el producto es o no defectuoso en atención a los parámetros establecidos en el propio artículo 3 LRPD (todas las circunstancias, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación) no es estrictamente una cuestión de hecho sino una “questio iuris”, fruto de la valoración jurídica del órgano judicial, y que esa valoración ha de partir del factum cuya prueba sí incumbe a la parte actora, dependiente el éxito de su pretensión únicamente de que demuestre que con motivo del uso de un producto fabricado por la entidad demandada se produjo un accidente inesperado, soportando tan solo la carga de probar la realidad del accidente, la existencia del daño, y la del nexo causal entre este y aquél y entre el accidente y el funcionamiento del producto en cuestión». Lo que resulta muy significativo: la prueba del defecto se ha transformado en la prueba de un accidente que acontece de modo sorprendente mientras se usaba correctamente el objeto en cuestión.

De este modo, el comportamiento sorprendente del producto que causa un daño cuando se está haciendo un uso normal del mismo se considera como prueba suficiente del defecto.

2.9 Servicios sanitarios

En la sentencia de 22 de julio de 1994 (RJ 1994/6581) se aprecia con claridad hasta qué punto la jurisprudencia fue reacia a que cualquier aspecto relacionado con los servicios sanitarios fuera sustraído al principio de responsabilidad por culpa (con las precisiones que fueran necesarias sobre la facilidad probatoria de la culpa), a pesar de que los «servicios sanitarios» aparecían entre aquéllos de los que, según el artículo 28 LGDCU, se debía responder objetivamente.

El demandante llegó al servicio de urgencias de un hospital público y se le diagnosticó un infarto agudo de miocardio que exigió una intervención inmediata; después del complejo itinerario de tratamientos a los que fue sometido, resultó con una tetraplejía irreversible. La demanda invocaba el artículo 28 LGDCU y la responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo; se alegaba que, sin desconocer que la obligación de los médicos no puede considerarse de resultado, ante un resultado final como el acontecido había que llegar a la conclusión «de que el tratamiento o prestación médico-quirúrgica no ha sido el adecuado. (...) En la operación, en el tratamiento anestésico o en el proceso posoperatorio hubo un fallo de actuación que determinó unas consecuencias neurológicas no adecuadas a la intervención inicial». El TS respondió como sigue:

«En relación con el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, es de ver que el régimen de responsabilidad a que se someten los productos y servicios que enumera, entre ellos, los servicios sanitarios, no es tan objetivamente puro como pretende la parte recurrente, ya que el número 1 del mismo artículo y el número 1.a) del anterior, el 27, hacen referencia a “cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor” y “responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que les regulan”. Pero es que, además, en atención a que la Ley que se está analizando genera y comporta, sustancialmente, su ámbito obligacional y sancionador al campo administrativo, no cabe admitir, sin más, que consagre el principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo, en cuanto que, en su caso, la proyección de la susodicha Ley a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente, los acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, toda vez que es doctrina consolidada de la Sala la relativa a que “si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir, en modo alguno, el principio de la responsabilidad por culpa, y acentuando, incluso, el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin erigir la responsabilidad basada en el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir”, doctrina la así resumida que, por ser de general conocimiento, excusa la cita de las múltiples sentencias que la recogen. Ahora bien, la concurrencia del soporte culpabilístico mencionado no se infiere del resultado probatorio practicado y valorado en los autos, y que ha quedado incólume al no ser combatido por vía casacional adecuada, pues, precisamente, ocurre lo contrario, ya que en la

sentencia recurrida se afirma la inexistencia de prueba alguna acerca de la culpa o negligencia, ni de los Médicos, ni de la Administración sanitaria, y se insiste en no haberse apreciado la menor culpa o responsabilidad ni en la Administración demandada, ni en los que debieron ser traídos al pleito, los médicos del equipo, así como la total desconexión con el resultado final. Por consiguiente, en virtud de cuanto antecede es de llegar a la obligada conclusión de la imposibilidad de atribuir al Tribunal “*a quo*” la comisión de la infracción denunciada en el motivo primero del recurso, lo que conduce a su claudicación.»

Es muy significativo que el TS utilice como explicación de su interpretación del artículo 28 LGDCU los mismos argumentos con que fundamenta su «doctrina del riesgo», como si fuera una manifestación más de ésta.

La sentencia mencionada encuentra eco en otras posteriores, como la de 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7272), aunque para entonces la línea de interpretación objetiva del artículo 28 en relación a ciertos aspectos de los servicios sanitarios se encontrara ya avanzada. Se trataba de la implantación de un dispositivo intrauterino anticonceptivo defectuoso:

«Aduce la recurrente conjuntamente con la infracción del artículo 1902 del Código Civil, la de los artículos 26, 27 y 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, al entender que la aplicación de estos preceptos es indebida, ya que el producto anticonceptivo había sido homologado y se presentaba correcto. A tales efectos el Tribunal de Instancia tuvo en cuenta las previsiones legislativas que en materia de responsabilidad contiene la Ley especial citada y no declaró que el anticonceptivo resultase correcto y dotado de las garantías que lo hacían útil para el destino de su empleo.

La aplicación de la normativa de defensa de los consumidores en cuestiones de servicios sanitarios resulta procedente y así lo ha entendido esta Sala de Casación Civil y con especial referencia al artículo 28, párrafo segundo, *presumiéndose* «*iuris et de iure*» *que los referidos servicios incluyen las garantías a las que se refiere el párrafo primero del artículo* (Sentencias de 1 de julio de 1997 [RJ 1997/5471] y 9 de junio de 1998 [RJ 1998/3717]).

No se suscita duda alguna respecto a que entre los servicios sanitarios cabe incluir la implantación de anticonceptivos, y la responsabilidad que procede deriva de que el producto no reúna las debidas y exigidas garantías de niveles determinantes de su eficacia y seguridad. La aplicación del referido artículo 28 no excluye el artículo 1902 o 1903 del Código Civil, e incluso el 1101, tratándose de culpa contractual, *pues se supedita a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente* (Sentencia de 22 de julio de 1994 [RJ 1994/6581]), que en este caso se da, al haber quedado sentada la responsabilidad propia de la Diputación Provincial que recurre.

Como muestra de que esa interpretación objetiva del artículo 28 LGDCU en relación con los servicios sanitarios ya se había puesto en marcha con anterioridad a la fecha de esta última sentencia, la de 1 de julio de 1997 (RJ 1997/5471)

trataba de una infección posoperatoria que había hecho necesaria la amputación de la pierna del paciente. La explicación objetiva del funcionamiento del artículo 28 LGDCU es correcta, pero como también se alegaran los artículos 1902 y 1903 CC por el demandante, se entendió que también concurría la culpa, tanto del cirujano como del centro hospitalario, y la sentencia optó por conceder la indemnización por este último concepto (por culpa) al entender que la responsabilidad objetiva quedaba embebida dentro de ésta, por tratarse de una concurrencia de normas con única pretensión material:

«Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los “sometidos a su régimen” los “servicios sanitarios”, conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomona aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. *Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos.* La culpa exclusiva del paciente –que en el caso no concurre– excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético-jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabili-

dad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados. (...)

Probado el daño causado y la omisión de las prevenciones que hubieran evitado la infección, o al menos, si hubieran acreditado la activa conducta tendente a su evitación, aunque se considere que la infección (tratada “a posteriori” una vez acreditada su causa, con los específicos adecuados) no fue el único factor determinante de la amputación, sí fue un factor concurrente e importante en la producción del resultado. De aquí, que se hayan acogido los motivos y se entienda que deben responder civilmente tanto el cirujano como el centro sanitario solidariamente por culpa (artículos 1902 y 1903) en la cantidad indemnizatoria de quince millones de pesetas. *La responsabilidad objetiva del centro sanitario queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad culposa, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso, respecto de unos mismos hechos.* Las costas de las instancias deberán satisfacerse, como las de este recurso, por cada parte las suyas en atención a la estimación parcial de la pretensión (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y al criterio legal (art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).»

Aunque es cierto que la pretensión material de ambas responsabilidades es la misma (salvo que la objetiva no cubra, por motivos cuantitativos, lo que cubra la responsabilidad por culpa), no se entiende qué quiso decirse con que la responsabilidad culposa tiene «mayor coste» que la responsabilidad objetiva; quizá que respondían por culpa el cirujano y el centro hospitalario, en tanto que objetivamente solo respondía el centro hospitalario; pero nada impedía que el cirujano respondiera por culpa y el centro objetivamente. Si el importe de la indemnización no superaba el límite cuantitativo establecido en el propio artículo 28 no había nada que hiciera preferir la responsabilidad por culpa.

La doctrina se reitera en las SSTs de 21 de julio de 1997 o 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427). Dice esta última que:

«la demandante es consumidora (art. 1 LGCDU), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el Capítulo VIII (arts. 25 y ss.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño... se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que

suponen, además posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. *Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar; en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.»*

En la STS de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999/7853), sobre un producto farmacéutico que resultó defectuoso por utilizar un plasma sanguíneo infectado de hepatitis noA-noB (después de los hechos calificada hepatitis C), el razonamiento objetivo es también correcto. La demandante, a la que se había trasferido la sustancia contaminada, quedó afectada con una hepatitis crónica activa.

«La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (...) apreció la existencia de nexa causal entre la actuación de los laboratorios –sociedad demandada– y el grave daño personal que sufre el demandante, negó la existencia de culpa o negligencia y no admitió la aplicación de los artículos 25 a 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios. Apelada esta Sentencia por el demandante, la de la Audiencia Provincial (...) no estimó la existencia de culpa ni aplicó el artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios.»

El recurso alegaba la infracción de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y el TS responde que los artículos 25, 26 y 28 de la LGDCU:

«establecen un sistema de responsabilidad objetiva frente a la víctima-consumidor que en nuestro ordenamiento positivo ha representado una indudable progresión en la protección de la parte más débil en la contratación (responsabilidad contractual) o en el consumo de productos defectuosos (responsabilidad extracontractual); especialmente el artículo 28 impone el principio de responsabilidad por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, con ciertas condiciones en el apartado 1; en el apartado 2, sin embargo, se añade que en todo caso se impone el régimen de responsabilidad objetiva a los productos farmacéuticos; (...) *Consecuencia de todo ello es que la responsabilidad objetiva es ajena a la cuestión de la culpa y es esencial la del nexa causal. Las Sentencias de instancia declaran acreditado el nexa causal y no aceptan la existencia de culpa; al desestimar la demanda incurren en el error de atribuir a la culpa una eficacia decisiva en un tema que, como se ha insistido, es de responsabilidad objetiva. Por lo cual debe ser estimado este motivo de casación.»*

En la actualidad, la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad objetiva por servicios sanitarios se contiene, por ejemplo, en la STS de 4 de di-

ciembre de 2007 (RJ 2008/251). También aquí se trataba del contagio de hepatitis C a un paciente en virtud de una transfusión sanguínea:

«Responsabilidad de establecimiento sanitario. La condena del centro hospitalario pronunciada por la sentencia recurrida no se funda únicamente del artículo 1903.4 CC, sino también en los artículos 25 y 28.2 LCU. Este último, incluyendo a los servicios sanitarios, establece una responsabilidad objetiva por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, o dispongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

Las SSTS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164) y de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1368), han declarado que lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, apartados 1 y 2, LCU, que establecen el derecho de consumidores y usuarios de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de quienes suministran o facilitan los mismos –disposición que estaba vigente cuando acaecieron los hechos objeto del debate (en la actualidad ha sido completada por el régimen introducido por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que ha introducido en nuestro derecho la Directiva 374/1985 de la CEE, del Consejo de 25 de junio de 1985)– es aplicable a las transfusiones sanguíneas respecto de los centros hospitalarios en que se practican. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, *respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico*. Así se deduce de diversas sentencias de esta Sala en que así se declara (v. gr., SSTS de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1240], 18 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1823], 10 de junio de 2004 [RJ 2004, 3605], y 11 de abril de 2002 [RJ 2002, 3382]).»

Por la singularidad con que explica el artículo 28 LGDCU, se transcribe a continuación parte de la STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552), sobre una infección (por *stafilococcus aureus* resistente) adquirida por el paciente en el quirófano durante la operación, que le causó la pérdida de visión de un ojo. La recurrente, responsable del servicio sanitario responsable, alegaba que:

«aun relativizada la culpa o negligencia del agente en la jurisprudencia, el elemento culpabilístico permanece como esencial y los sistemas de responsabilidad objetiva establecidos en la LCU obedecen a principios diferentes fundados en

principios de equidad que tienen en cuenta la producción de riesgos y la obtención de beneficios, pero estos principios no pueden ser aplicados a la sanidad pública que ni genera riesgos ni obtiene beneficios dado su carácter universal gratuito.

En este motivo combate el recurrente el criterio de imputación seguido por la sentencia recurrida, la cual se funda en el deficiente funcionamiento de un servicio sanitario inferido del resultado dañoso producido y, en este contexto, apela a criterios de responsabilidad de carácter objetivo aplicables al funcionamiento de los servicios desde el punto de vista de los derechos de los consumidores.

El defectuoso funcionamiento de los servicios es susceptible de determinar la existencia de *responsabilidad por hecho de otro* con arreglo al artículo 1903 CC también en el ámbito de los servicios sanitarios (SSTS de 1 de julio de 1997 [RJ 1997, 5471], 26 de junio de 1999, 13 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9196], 20 de julio de 2000 [RJ 2000, 6754], 28 de diciembre de 2000, 24 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3986], 8 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7379], 11 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 9640] y 19 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3277]; salvo que no haya dependencia funcional con el cirujano a quien se imputa la causación del daño: SSTS de 24 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3986] y, entre las más recientes, 20 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9248]). Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, *esta responsabilidad no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio in eligendo* [en la elección] o *in vigilando* [en la vigilancia] respecto de las personas por quienes se debe responder (SSTS, entre otras, de 4 de enero de 1982, 4 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8141], 30 de junio de 1995 [RJ 1995, 5272], 7 de enero de 1992 [RJ 1992, 149], 24 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4009], 8 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3101], 4 de julio de 1999, 5 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1650], 11 de marzo de 2000 y 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3930]).

En ocasiones la jurisprudencia ha hablado de *responsabilidad cuasi objetiva, o de inversión de la carga de la prueba*. Se trata de aquellos casos en que la producción de un *daño desproporcionado o inexplicable* constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas (entre otras, SSTS de 13 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8816], 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9427], 29 de junio de 1999, 23 de noviembre de 2002, 30 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003, 31 de enero 2003 [RJ 2003, 854] y 8 de mayo de 2003 [RJ 2003, 3890]). Este concepto ha sido especialmente aplicado para apreciar la responsabilidad de los servicios médicos por la infección que contrae el paciente con motivo de una intervención quirúrgica, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del cirujano cuando se acredita la falta de omisión de medidas de prevención o diagnóstico a él imputable (SSTS de 26 de mayo de 1997, 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9427], 20 noviembre de 2000 [RJ 2000, 9310], 9 de septiembre de 2003, 18 de marzo de 2004, [RJ 2004, 1823], 17 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7238] y 23 de junio de 2005 [RJ 2005, 4931]). *No se trata, sin embargo, propiamente, de que se acuda a criterios*

de imputación de carácter objetivo, pues la exigencia de responsabilidad de la institución o entidad que desempeña el servicio médico se funda en estos casos en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado. *No se trata, tampoco, propiamente, de una inversión de la carga de la prueba*, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, *sino de admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos* (res ipsa loquitur, *la cosa habla por sí misma*) *en tanto no son refutados* (facta refutanda o *hechos necesitados de refutación según la retórica clásica*), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo. Aunque este principio no sólo es aplicable al supuesto de responsabilidad por hecho de otro, el CC lo recoge expresamente respecto de este supuesto, cuando en el artículo 1903 CC admite que puede desvirtuarse la existencia de responsabilidad demostrando haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

La aplicación en algunas sentencias de esta Sala de la doctrina llamada del daño desproporcionado no comporta, en consecuencia, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación por responsabilidad objetiva fuera de los casos previstos en la Ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la Ley procesal, sino *el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias (de especial intensidad en los casos de actividades creadoras de riesgos extraordinarios)*, sólo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido. Esta conclusión deriva de una combinación de los principios de facilidad de la prueba y de existencia de la llamada carga natural de la prueba, que recae sobre aquel a quien perjudican los hechos inicialmente probados por la contraparte, si, por su naturaleza y circunstancias, son susceptibles de ser desvirtuados.

La invocación por diversas sentencias de esta Sala de la LCU respecto de los servicios sanitarios (que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos: STS de 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 541] y SSTS allí citadas) *tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que se vienen examinando* (SSTS, entre otras, de 1 de julio de 1997 [RJ 1997, 5471], 9 de junio de 1998 [RJ 1998, 3717], 26 de noviembre de 1999, 5 de febrero de 2001 [RJ 2001, 541], 26 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1668] y 18 de marzo de 2004 [RJ 2004, 1823]), pues el artículo 26 LCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados “a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la

naturaleza del producto, servicio o actividad” y el artículo 28 LCU vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que “por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”.

El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, *debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas*. Para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.»

Es interesante la explicación del TS, pues no sigue la lógica de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas –la distribución de los daños accidentales en ámbitos de riesgo desigualmente repartidos entre los ciudadanos–, sino la de la responsabilidad por producto defectuoso y, por tanto, con un claro matiz contractual: la infección pone de manifiesto que *el servicio no se ha prestado con la seguridad que el paciente tenía derecho a esperar en las circunstancias concretas*. La infección adquirida en el hospital es «el defecto» del servicio hospitalario, el fallo que hace responsable a su titular salvo que consiga imputárselo a un tercero, a fuerza mayor o a otra de las causas de exoneración admitidas por la LRPD (por ejemplo, probando que en el estado de la ciencia en el momento de producirse el daño no hubiera podido evitar el «defecto», uno de los argumentos propios de la responsabilidad por culpa que se ha filtrado en este contexto objetivo). Lo decisivo es plantearse si el cliente del servicio está legitimado para esperar que no se produzca ese daño, si puede confiar en no contar con él, pues no lo ha asumido ni tiene por qué asumirlo. Si concluimos que el paciente debe poder contar con no resultar infectado en el quirófano (aunque quizá esto resulte razonable para algunas infecciones, no para todas), la existencia de la infección constituye el defecto del servicio a partir del cual la responsabilidad opera «objetivamente», esto es, sin que quepa admitir la prueba de la diligencia en descargo. El razonamiento de la sentencia es sugerente, pero no culmina: no se pronuncia sobre el régimen de causas de exoneración aplicable; aunque se trate de un servicio defectuoso, ¿podría el demandado acudir a las causas de exoneración del artículo 140 TR LGDCU, verdaderos supuestos de diligencia tasada?

Se trata de un supuesto en el que el daño evidencia *–res ipsa loquitur–* la existencia, no de culpa, sino de un defecto en el servicio que lo causa. Esta interpretación no hace sino poner de manifiesto la singularidad del artículo 148 TR, que no encajaría con los modelos de responsabilidad de empresa propuestos, por ejemplo, por el Proyecto suizo (art. 49 a) o los PETL (art. 4:202), que admiten que la empresa pueda liberarse probando que adoptó toda la diligencia que le era exigible, pero tampoco como un supuesto de responsabilidad objetiva por actividad anormalmente peligrosa, aunque en su listado se contemplen algunas, y tampoco completamente con la responsabilidad por producto defectuoso, pues de ningún modo puede concluirse que el régimen de causas de exoneración para los servicios del artículo 148 TR LGDCU sea el del artículo 140. *Lege ferenda*, conviene enfocar este asunto desde la perspectiva general de la responsabilidad de la empresa –como se sugería en el capítulo primero–, con la posibilidad de regular una cláusula de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, según se sugerirá más adelante.

2.10 Otros: caídas en medios de transporte urbano, ascensores

También se ponía de relieve en el primer capítulo que en otros sectores de actividad la penetración de una mentalidad objetiva al enjuiciar la responsabilidad ha sido muy escasa, a pesar de tratarse de servicios igualmente mencionados por el artículo 28 LGDCU. Así ocurría –lo recordamos ahora– con los daños acontecidos en el transporte público de autobús, en los que la jurisprudencia menor es prácticamente unánime en entender que si la caída no está relacionada con la conducta culposa del conductor se considera que la empresa no tiene responsabilidad, al margen de lo dispuesto por el seguro obligatorio de pasajeros (por ejemplo, SAP Pontevedra de 22 de mayo de 2003, JUR 2003/229436). Se ha dicho, incluso, que no es una actividad de riesgo extraordinario que justifique la inversión de la carga de la prueba (SAP Murcia de 30 de diciembre de 2002, JUR 2003/35257), o que la mención en el artículo 28 LGDCU a «los medios de transporte» hay que entenderla referida «a una deficiencia propia o interna del bien, por ejemplo por defecto de fabricación, embalaje, información, etc.» (SAP Zaragoza de 18 de noviembre de 2005, JUR 2005/271439), opiniones difícilmente compatibles con el artículo 28 LGDCU en su interpretación literal. En estos casos lo que parece latir detrás de las decisiones de los Tribunales es que el carácter objetivo de la responsabilidad descansa sobre la lógica contractual del seguro de viajeros, por lo que ya no queda sitio lógico para una responsabilidad –también objetiva– por riesgo ex-

traordinario. Y hay que reconocer que, efectivamente, se trata de riesgos perfectamente asumidos por todos y, desde esta perspectiva, nada extraordinarios. Ahora bien, si para resolver estos supuestos nos basta el principio de responsabilidad por culpa y las previsiones del seguro de viajeros, estaremos dejando sin contenido la previsión específica de responsabilidad objetiva del mencionado artículo 28 LGDCU.

Tampoco en materia de ascensores ha sido utilizado este precepto para atribuir el daño accidental a la empresa responsable del mantenimiento del ascensor. En algunos casos sirve para facilitar que se aprecie la culpa de la empresa. Si se desconoce lo ocurrido, esto es, si no se sabe o se deduce razonablemente qué ha podido pasar, en qué ha consistido el «defecto» por el que el aparato se comporta de un modo imprevisto y causa el daño, hay sentencias que han dejado el daño a la víctima. Desde luego, esto casa con el hecho de que no haya aquí un riesgo extraordinario y, aunque el riesgo de daño accidental grave exista, resulta patente que se trata un riesgo asumido por todos sin miramientos y, por tanto, en el que todos aceptamos participar; y también encaja mejor con la lógica del producto defectuoso: si no se llega a probar el defecto, la víctima ha de asumir el daño.

En la STS de 4 de octubre de 1994 (RJ 1994/7452) se condena a la empresa encargada del mantenimiento de un montacargas a indemnizar los daños causados por la caída de la puerta de éste, debida a la rotura del cable de suspensión que unía la pesada puerta con una pesa. La sentencia razona de este modo:

«De todas las anteriores afirmaciones –infiere la sentencia– *cabe concluir* en un orden estrictamente lógico y pese a la imposibilidad de practicar una prueba directa del estado del montacargas por el hecho mismo de haber sido reparado inmediatamente después a la producción del siniestro, tanto el cable, cuya ruptura motivó que la pesada puerta cayera sobre el actor, como la puerta, *que las instalaciones no se hallaban en adecuado estado para su uso, y no estando probado en autos, que el demandante realizara actos inadecuados para romper el cable de sujeción, debe predicarse, en consecuencia, la responsabilidad de la empresa de mantenimiento* –con ella la de la compañía aseguradora, bien que está dentro de los límites cuantitativos del seguro contratado– y la de su empleado el señor Q. encargado de realizar las revisiones, en la producción del siniestro con arreglo a la más moderna doctrina jurisprudencial que entiende que, una vez acreditado el hecho dañoso y sus consecuencias, se produce una inversión de la carga de la prueba incumbiendo al autor del hecho –en este caso a la empresa encargada del montacargas y a su operario– acreditar que obró con la diligencia debida sin que el cumplimiento de las meras prevenciones reglamentarias sea suficiente cuando se acreditaron irrelevantes para prevenir o evitar el daño [Sentencia, entre las más recientes, la de 19 octubre 1988 (RJ 1988/7588)]. No habiendo probado

“Zardoya Otis” y el señor Q. la alegada imposibilidad de detectar el defectuoso estado del cable de sujeción y existiendo prueba suficiente para considerarlo inadecuado a la antigüedad y características ya descritas del montacargas, le corresponde responder a la pretensión indemnizatoria, de las consecuencias del resultado dañoso juntamente con su compañía aseguradora, si bien está dentro de los límites cuantitativos del seguro concertado.»

Como «prueba de la diligencia» que hubiera podido exonerar al demandado, el TS exige a éste que pruebe que en la última revisión del montacargas no se pudo detectar el defectuoso estado del cable. Como no lo hace –tampoco parece posible–, más bien se aprecia que el cable es «inadecuado» para la antigüedad y características del montacargas, se le hace responder. Por el tipo de razonamiento que usa en esta ocasión, parecería que el TS estaba dispuesto a admitir como «causa de exoneración» la prueba de la diligencia del demandado. No se trata del peculiar «caso fortuito» aceptado en algunos ámbitos del Derecho alemán o austriaco –ni la diligencia más extrema hubiese podido evitar el daño–, pues aquí no se trata de que ni la diligencia más extrema hubiese podido evitar el daño, sino de dar al demandado la oportunidad de probar que actuó con una diligencia extrema y que ésta no evitó el daño. En cualquier caso, queda claro que en el caso no se probó esa diligencia exculpatoria.

Hay casos en los que se aprecia la negligencia de la empresa responsable del mantenimiento del ascensor, o la de la comunidad de propietarios, o de ambas. En la STS de 25 de octubre de 2001 (RJ 2001/8670), la rotura de la varilla del contrapeso del ascensor provocó su caída desde el cuarto piso, con dos personas dentro, que resultaron gravemente lesionadas. Consta que poco menos de un año antes de ese suceso, la empresa de conservación y mantenimiento del ascensor había enviado a la comunidad de propietarios del inmueble una carta en la que se adjuntaba presupuesto para reformar el ascensor, pues no se encontraba «en perfecto estado de funcionamiento», lo que bastó para apreciar la culpa por omisión de ambas entidades y su responsabilidad solidaria.

Finalmente, en la sentencia de 16 de marzo de 2006 (RJ 2006/5621) el TS parte de que no se ha probado un mal funcionamiento en los mecanismos del ascensor, y dejó a la víctima con el daño. Sin embargo, el ascensor bajó a mayor velocidad de lo habitual y al llegar a la planta baja sobrepasó en 20 cm el nivel del suelo, colisionando con los amortiguadores del foso. ¿No fue un servicio defectuoso? ¿Si un servicio defectuoso –de los mencionados en el artículo 28 LGDCU– causa daños, no se deben resarcir éstos aunque no lleguen a probarse los motivos por los que funcionó mal? ¿No debería ser más bien el responsable del mantenimiento del ascensor quien deba probar, para exonerarse de respon-

sabilidad, que el defecto de funcionamiento era imputable a la víctima o a un tercero (por ejemplo, el fabricante)? ¿No es un típico daño accidental en un contexto en el que es probable que no haya culpa de ninguna de las partes pero para el que hay una norma de responsabilidad objetiva? La argumentación fue del tipo «no se ha probado el defecto», pero en un caso así, en el que sí parece probado un comportamiento atípico del ascensor, ¿no se le pidió al demandante que probara no solo el defecto, sino su causa, en contra de lo afirmado en otras sentencias sobre responsabilidad por producto defectuoso?

3. REFLEXIÓN FINAL Y ALGUNAS CONCLUSIONES

Hay que reconocer que el artículo 148 TR LGDCU es lo más parecido a una «cláusula general» de responsabilidad objetiva que tiene nuestro ordenamiento, y no parece arriesgado afirmar que hasta la fecha no ha servido para armonizar (ni para «objetivar») la responsabilidad de los servicios a los que se refiere. La selección de sentencias que precede resulta suficientemente significativa para poner de relieve que el precepto no ha creado un cuerpo de doctrina jurisprudencial, tampoco para cada uno de los sectores que han ocupado la mayoría de sentencias: servicios de transporte, suministro de energías, etc. Parece que esto debería bastar para desconfiar del tipo de solución que se ha propuesto.

No parece ajeno a este fracaso el que, como «cláusula general», el mencionado precepto no termine de ser ni una regla sobre la responsabilidad de la empresa (parece que ese debería ser el cometido del artículo 147 TR LGDCU, armonizado con el 1903 CC y preferentemente en el Código civil), ni una regla de responsabilidad por servicios defectuosos (en paralelo a la regulación de los productos), ni una cláusula general de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas. En líneas generales, y siendo su potencial de aplicación enorme por la generalidad extrema de los términos en que está expresado y la falta de límites típicos de la responsabilidad objetiva (salvo un tope cuantitativo único), su uso apenas ha objetivado el panorama de la responsabilidad civil. No sólo no ha planteado un problema de interpretación extensiva o analógica inadecuada, sino que, al contrario, a menudo no se ha aplicado en su «objetividad» y ha terminado por ser un argumento tópico más en los abundantes discursos sobre la responsabilidad por culpa. Quizá –o precisamente– por esa excesiva generalidad y por no adecuarse a la lógica propia de algún esquema conocido dentro o fuera de nuestras fronteras, no ha producido una línea jurisprudencial «objetiva», en paralelo a la jurisprudencia sobre la responsabilidad

por culpa. A menudo los razonamientos culposos y objetivos se han amalgamado, lo que no ha beneficiado ni a una (que ha terminado por acudir al «agotamiento de la diligencia» para hacer responder, deformando los límites razonables de la responsabilidad por culpa) ni a otra (que a duras penas ha logrado emanciparse de la responsabilidad por culpa y no ha desarrollado su beneficio potencial: simplicidad y celeridad en la reclamación y la tramitación, etc.).

Salvo algunas sentencias –no especialmente recientes (ni afortunadas)– que aplican el artículo 1910 CC de modo extensivo, entre nosotros no ha habido un peligro real de extralimitar las normas de responsabilidad objetiva, lo que no debería sorprender si se tiene en cuenta que durante mucho tiempo era la responsabilidad por culpa la que se había «objetivado». Y aunque esta tendencia lleve ya un tiempo abandonada, ese peculiar *modus operandi* ha contribuido a que no se haya necesitado la lógica objetiva; a cambio, ni se ha evitado la deformación de los deberes de diligencia (agotamiento de la diligencia), ni se ha agilizado el panorama de la responsabilidad. Precisamente porque una de las virtudes de un sistema objetivo –se dice– es evitar la deformación de la responsabilidad por culpa, allí donde no se ha incorporado, tampoco se ha evitado ese proceso.

En este contexto, y suponiendo que el legislador quiera que de los daños causados por determinadas actividades anormalmente peligrosas se responda objetivamente, no resulta nada evidente qué podría aportar la adopción de una cláusula general o, si se prefiere, si ésta lograría el resultado que se pretende. Aunque fuese técnicamente superior al artículo 148 TR LGDCU y se hubiese diseñado conforme a la lógica de la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas, resulta dudoso que desde su generalidad pueda garantizar un cambio efectivo en los modos de hacer de la jurisprudencia.

Tomemos el ejemplo de los servicios de transporte: En la actualidad, cuando la demandada es Renfe, el TS suele aplicar la doctrina del riesgo, con los numerosos matices que se han analizado; si se trata de autobuses, parece vigente la responsabilidad por culpa y el seguro obligatorio de viajeros; si el accidente es de navegación aérea, habrá que aplicar los términos de la legislación específica (LNAE, etc.), etc. Es probable que este panorama merezca homogeneizarse, pero hay que reconocer que la tarea no resulta nada fácil y que, desde luego, una cláusula general como las propuestas hasta ahora no sería una herramienta eficaz. Dejando a un lado la navegación aérea, por los compromisos internacionales asumidos por el Estado, pongamos que se quiera unificar la norma de responsabilidad para transportes terrestres –trenes, autobuses y metro– en el ámbito urbano e interurbano: ¿lo conseguiría una cláusula general como la propuesta por H. Kötz?

«Si un ferrocarril, vehículo a motor [aeroplano], embarcación a motor u otro vehículo a motor que transporte personas o cosas causa, al desarrollar su actividad propia, daños a las personas (muerte, lesiones en el cuerpo o a la salud) o a las cosas, el responsable del mismo debe indemnizarlos a la víctima».

Hay que conceder que lo conseguiría de un modo bastante parcial, en la medida en que dejaría claro que en tales casos se responde de modo objetivo, con ciertos límites en cuanto a los bienes jurídicos protegidos; pero, ¿cuáles serían las causas de exoneración, habría otras reglas para la delimitación del ámbito de protección, alguna limitación cuantitativa? ¿y qué habría que hacer –además de mejorar la calidad técnica de la norma– para que esa norma resultara efectiva y no ocurra como ha ocurrido con el artículo 148 TR LGDCU? ¿quedarían resueltos los problemas de limitación del fin de protección de la norma que han ido surgiendo a lo largo de la explicación: caídas por el funcionamiento normal (escalera automática) o anormal (aglomeraciones) de la estación, caídas por el movimiento del medio de locomoción, etc.?

Desde la perspectiva del ciudadano/usuario de los servicios de transporte, lo más razonable sería contar con que, al adquirir el billete de cualquiera de ellos, resulta beneficiario de un «seguro de accidentes» que cubre los daños personales fortuitos que acontezcan en el contexto de la prestación contractual, seguro que el prestador del servicio debería contratar en los términos fijados por la cláusula; además, el transportista debería contratar otro seguro, este de «responsabilidad civil» –de la empresa–, para cubrir los daños que cause a terceros (no viajeros) con la lógica de un sistema centralizado de cobertura social para ciertos daños típicos, con los límites que el legislador estime adecuados (que podrían coincidir con los de los viajeros o no). De este modo, todos los usuarios y terceros afectados por los servicios de transporte tendrían cubiertos los daños fortuitos que sufran con motivo de la prestación de un servicio que no puede hacerlos desaparecer, o cuando se desconozca su procedencia. El tratamiento de esos seguros constituiría además una buena oportunidad (del legislador) para delimitar el ámbito de protección de la norma y decidir si las caídas debidas al «funcionamiento de la estación» (puertas giratorias, escaleras mecánicas, flujos de personas que entran y salen de los vehículos, etc.) están cubiertas o no, o para determinar las causas de exoneración. Al fin y al cabo, decidir sobre estas cuestiones no es otra cosa que concretar el contenido de las «obligaciones de protección» exigibles al prestador del servicio, los riesgos asumidos al contratar, o la cobertura que pueden esperar los terceros que también se benefician indirectamente de esos medios de transporte. Como se ve, no parece nada despreciable el interés por homogeneizar el panorama y armonizar las respuestas que se den a las partes en el contrato (los

viajeros y la empresa de transporte) y los terceros, pero se reconocerá que la perspectiva supera por completo el conflicto interpersonal entre dañante y dañado.

En definitiva, la propuesta de una cláusula general sólo tendría sentido si estamos dispuestos a dotarla de una mínima regulación, algo más parecido a lo que acaba de exponerse. No se trata de decir simplemente que el responsable del servicio de transporte responda objetivamente; basta con ver cómo ha sido aplicada una norma expresada con esa generalidad. Si no se está dispuesto a fijar ese contenido –fin de protección de la norma, causas de exoneración, orden y contenido de la prueba: en este sentido es esencial distinguir la lógica del riesgo extraordinario, que gira exclusivamente en torno al fin de protección de la norma, y la lógica del producto defectuoso, que gira en torno a la prueba del defecto– sería mejor no legislar.

En todo caso, y como se desprende del ejemplo, parece una tarea que no debería afrontarse para todos los casos de responsabilidad objetiva por peligro extraordinario, sino para sectores de actividad determinados. Hay que reconocer que es la propia heterogeneidad de los supuestos afectados la que avala esa necesidad de «sectorializar». Cada riesgo típico reclama un tratamiento propio: tanto en sede de fundamento, como en la delimitación del ámbito de protección de la norma; tanto en la consideración de las causas de exoneración como en las reglas sobre la carga de la prueba de los distintos elementos de la responsabilidad. Esto es lo que el panorama actual de responsabilidad objetiva necesita, y es algo que no suelen ofrecer las cláusulas generales propuestas. Precisamente porque existe una dificultad intrínseca en determinar *a priori* el fundamento de la responsabilidad objetiva y el ámbito de protección de la norma, y porque esas tareas conviene llevarlas a cabo por sectores, la conveniencia y efectividad de una cláusula general parece bastante lejana y predominantemente teórica.

Además, el gran problema de una cláusula verdaderamente general, como conceden incluso los partidarios de ésta, es que no resulta fácil acotar en una sola regla el criterio con el que distinguir los riesgos que merezcan considerarse anormales; con otras palabras, la dificultad es precisamente que no es posible delimitar, con unos trazos generales, *su fin de protección*.

A modo de síntesis, aunque sin pretender traer aquí todos los hallazgos que se han sucedido a lo largo de estas páginas, parece conveniente fijar algunas conclusiones:

El reconocimiento de una cláusula general de responsabilidad objetiva choca con algunas circunstancias que explican las dificultades que ha tenido

para abrirse camino: en primer lugar, no es fácil sentir la necesidad de adoptar una cierta herramienta, cuando para llegar al mismo resultado existen otras vías que ya ofrece el ordenamiento jurídico, y hay que reconocer que un sistema de culpa presumida que dificulte la prueba de la diligencia del demandado puede ser incluso más beneficioso para la víctima que el sistema de responsabilidad objetiva, aunque sea a costa de deformar el concepto de diligencia. En segundo lugar se encuentra la dificultad intrínseca para dar un criterio práctico que determine cuándo un riesgo debería considerarse anormalmente peligroso; hasta ahora las propuestas no han sido aceptadas y parece que, *lege ferenda*, sería mejor acometer la cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad de la empresa. Nuestra jurisprudencia apenas ha aportado en esta línea.

La justificación del fenómeno de la responsabilidad objetiva no es algo que pueda entenderse exclusivamente desde la necesidad de proteger a las víctimas atribuyendo el daño residual a las empresas, sino que resulta igualmente necesario contemplar el interés (en alguna medida, también general) de que esas empresas salgan adelante y plantear si conviene que se privilegien dándoles la posibilidad de calcular con mayor seguridad el riesgo que asumen. Corresponde al legislador encontrar el punto de equilibrio entre los intereses de las empresas afectadas, las eventuales víctimas y el resto de ciudadanos que de manera más o menos directa se benefician de esas actividades para, en su caso, fijar que los daños se indemnicen con ciertos límites previamente determinados.

Las ventajas de una responsabilidad objetiva rectamente entendida son la rapidez y automaticidad con que la víctima debería poder cobrar dentro de los límites de la norma. Por el modo peculiar de aplicar esta responsabilidad por parte de nuestra jurisprudencia, salvo parcialmente en el sector de los vehículos a motor, aún no hemos podido beneficiarnos de esa ventaja potencial. La sencillez de la responsabilidad objetiva sólo debería ceder en casos patentes, bien para que se responda sin límite por culpa grave o dolo del causante del daño, bien para que el causante quede exonerado por culpa grave o exclusiva de la víctima. Si no se prueba ninguno de estos extremos, o si no se sabe qué ocurrió, la norma se aplica en su objetividad. Si los tribunales fueran terminantes en este quehacer podría disminuir sensiblemente la tendencia a litigar con un doble fundamento, por culpa y por riesgo.

Este potencial simplificador (de la demanda, de la prueba, de la argumentación, etc.) y casi «ejecutivo» de la responsabilidad objetiva se pierde en gran medida cuando las demandas y las sentencias se empeñan en encontrar siempre el «doble» fundamento (subjetivo y objetivo) de la responsabilidad. Por ejemplo, si la jurisprudencia aclarase que, ante una explosión de gas que causa

daños materiales y personales, es la empresa suministradora la que ha de probar que el daño no le es imputable –probando una actuación relevante de la víctima o de un tercero, o fuerza mayor–, se avanzaría mucho tanto en la diligencia que aquélla se vería obligada a desarrollar como en la rapidez de los procesos; quizá esto sea también razonable para accidentes ferroviarios en pasos a nivel, o para caídas en los autobuses o en el metro, cuando son causadas por el movimiento del medio de transporte; y quizá también para los comportamientos sorprendentes de un ascensor. Otra cosa serían las caídas en estaciones; si hay un billete de viajero por medio (esto es, una relación contractual de la que surgen obligaciones de protección), podrían quedar cubiertas como parte de las obligaciones de protección el prestador del servicio. Sólo quedaría fuera de la protección el tropezón, la caída tonta: riesgo general de la vida. Lógicamente, la desaparición de los *caps* ayudaría a que desaparezca la litigación con doble fundamento.

Sería una cosa buena promover que los daños causados en transportes urbanos e interurbanos contaran todos con el mismo «estatuto de responsabilidad»: fin de protección, causas de exoneración, principios de prueba y, en su caso, límites cuantitativos. Aquí sí cabría plantearse la conveniencia de una cláusula general, pero debería ser algo muy distinto al artículo 148 TR LGDCU, o a la cláusula general de los *Restatements*, el artículo 49 a) del Proyecto Suizo, etc. El intento esbozado unas líneas más arriba podría proponerse para otros sectores de actividad que presenten cierta homogeneidad: energías (aunque entre unas y otras existen diferencias de entidad), explosivos.

Como es poco probable que un legislador que no parece urgido por modernizar el Código civil en materia –pongamos– de compraventa, lo esté para dar una configuración más moderna, técnica y eficaz a la responsabilidad objetiva, no parece arriesgado prever que debería ser la jurisprudencia la que se tome en serio su papel de crear una doctrina clara, por sectores, que supla esas directrices. Parece especialmente necesario que los conflictos típicamente equiparables (pasos a nivel, explosiones de gas, etc.) reciban las mismas reglas de juego, y que a los supuestos de hecho previstos en el supuesto normativo de una norma objetiva (art. 148 TR LGDCU) se les aplique ésta con su propia lógica: no le faltarán los medios para obtener los resultados deseados.

La jurisprudencia no debería ver el *continuum* entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva como algo deseable. El esfuerzo que hace falta es el de tratar cada supuesto en su sede: si ha de juzgar conforme a la regla de culpa presumida, la posibilidad del demandado de probar su diligencia ha de ser real; si no, seguirá deformando la responsabilidad por culpa.

Si, por el contrario, se trata de aplicar una norma objetiva, debería abandonar la retórica sobre el fundamento de este tipo de responsabilidad, que es algo que corresponde al legislador; la labor propiamente jurisprudencial consistirá en aplicar la norma conforme a su lógica objetiva y desarrollar por sectores los elementos necesarios para su correcta aplicación: el fin de protección, las causas de exoneración, los límites en la protección y, en su caso, las reglas de prueba. Si se hace así, y no me cabe la menor duda de que no se trata de una tarea *menor*, se apreciará en su justa medida lo que aporta la responsabilidad objetiva a los supuestos típicos y cómo la jurisprudencia podría modernizar también este sector del ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N., «La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, II, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 1319 a 1369.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., Comentario al art. 1905, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, págs. 2037 a 2042.
- VON BAR, C., *The common european law of Torts*, I, Oxford: Clarendon Press, 1998.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2006.
- BORGHETTI, J. S., «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», *RTDCiv*, enero-marzo 2010-I, págs. 1 a 38.
- BRÜGEMEIER, G., *Haftungsrecht*, Berlin-Heidelberg: Springer, 2006.
- BRUN, PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris: Litec, 2005.
- BUSNELLI, F. D. y COMANDÉ, G., «Italy», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 207 a 226.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid: Civitas, 2000.
- CANARIS, C. W. y LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13.ª ed., München: Beck, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios de Jurisprudencia Civil*, I, Madrid: Tecnos, 2.ª ed., 1973.
- «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC*, 2001-III, págs. 1009-1027.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, *La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011.
- ESSER, J., *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2.ª ed., 1969.
- ESSER, J. y WEYERS, H. L., *Schuldrecht*, II, 7.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1991.

- FAURE, M., «Economic Analysis», en KOCH, B. A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 361 a 394.
- FEDTKE, J. y MAGNUS, U., «Germany», en KOCH B. A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 147 a 176.
- FLEMING, J. G., *The Law of Torts*, 7.^a ed., Sydney: The Law Book Company Limited, 1987.
- GALAND-CARVAL S., «France», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of tort law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 127 a 145.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Sujetos responsables. Intervención de tercero», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 297 a 347.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. y PIÑEIRO SALGUERO, J., «Sujetos responsables. Culpa del perjudicado», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 347 a 414.
- GÓMEZ POMAR, F., «Ámbito de protección de la responsabilidad de producto», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 657 a 718.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., «La responsabilidad del prestador de servicios», en GARCÍA GARCÍA y LEÓN ARCE (Coords.), *Derechos de los consumidores y usuarios; doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- KOCH, B. A., Comentario al Art. 5:101 PETL, en *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien-New York: Springer, 2005.
- en *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (traducción coord. por MARTÍN-CASALS, M.), Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008.
- KOCH, B. A. y KOZIOL, H., «Comparative conclusions», en KOCH, B. A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 395 y 435.
- KÖTZ, H., «Gefährdungshaftung», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, II, Köln: Bundesanzeiger Verlag, 1981, págs. 1779 a 1834.
- KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*, 10.^a ed., München: Luchterhand-Wolters Kluwer Deutschland, 2005.
- KOZIOL, H., *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Wien: Jan Sramek Verlag, 2010.
- LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, 14 ed., München; Beck, 1987.
- LE TOURNEAU, PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6.^a ed., Paris: Dalloz, 2006.

- LUNA YERGA, A., «Causalidad y su prueba. Prueba del defecto y del daño», en SALVADOR CODERCH, S. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, págs. 415 a 490.
- MANRESA y NAVARRO, J M., *Comentarios al Código Civil Español*, XII, 3.^a ed., Madrid, 1921.
- MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011)*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2011, págs. 11 a 111.
- MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT J., «La responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general», en CÁMARA LAPUENTE S. [coord.], *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2003, págs. 827 a 856.
- MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J. y SOLÉ, J., «Spain», en KOCH B A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 281 a 321.
- MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ, J., «La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios», en REYES (Coord.), *Derecho Privado de Consumo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 197 a 216.
- «Comentario al art. 1905», en DOMÍNGUEZ LUELMO A. (dir), *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 2063 a 2065.
- MICELI, J., *The Economic Approach to Law*, Stanford (California): Stanford University Press, 2004.
- DEL OLMO, P., «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, págs. 257-368.
- «Comentario al art. 1905», en CAÑIZARES, A., DE PABLO, P., ORDUÑA, J. y VALPUESTA, R. (dir), *Código civil comentado*, IV, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 1480 a 1488.
- PANTALEÓN, F., «Comentario a la STS de 12 de abril de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 5, abril-agosto 1984, n.º 133, págs. 1601 y 1612.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil: 1889-1989*, Asociación de Catedráticos y Profesores de Derecho civil, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1561 a 1591.
- «Comentario del artículo 1902», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., 1993, págs. 1971 a 2003.
- *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996.
- «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor», *La Ley*, n.º 4241, de 4 de marzo de 1997, págs. 2081 y ss.

- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», en MORENO MARTÍNEZ, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid: Dykinson, 2000, págs. 439 a 465.
- «Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A critical view “from outside”», *Indret* 3/2005, n.º 299, julio de 2005, págs. 1 a 8.
- PARRA LUCÁN, M A., «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», en REGLERO, L F. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4.ª ed., II, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 557 a 695.
- DU PERRON, E./VAN BOOM, W H., «Netherlands», en KOCH, B A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 227 a 255.
- PROSSER, W L./KEETON, W P., *The Law of Torts*, St Paul (Minn.): West Publishing Co., 1984.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II-2.º, *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1956.
- QUINTANA CARLO, I., «La responsabilidad del empresario de servicios en la LGD-CU», *Estudios sobre consumo*, núm. Extraordinario, 1987.
- RAMOS MAESTRE, A., *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid: Dykinson, 2003.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «Los sistemas de responsabilidad civil», en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, 4.ª ed., págs. 247 a 300.
- ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6.ª ed., 2011.
- ROGERS, W. V. H., «England», en KOCH, B. A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 101 a 126.
- SALVADOR, P. y RAMOS, S., «Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante», en SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ POMAR, F. (eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008, págs. 75 a 104.
- SANTOS MORÓN, M. J., «En torno a la reparación de los daños ambientales en el Derecho español», *Revista crítica de Derecho privado* [Uruguay], n.º 10 de 2013, págs. 830 y ss.
- SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Massachusetts)-London: Harvard University Press, 1987.
- *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (Massachusetts): Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SCHÄFER/OTT, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid: Tecnos, 1986.

- SCHWARZ, G. T., «United States», en KOCH, B. A./KOZIOL, H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 351 a 360.
- WAGNER, G., «Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht», en ZIMMERMANN, R. (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2003, págs. 189 a 340.
- WIDMER, P., «Switzerland», en KOCH B A./KOZIOL H. (eds.), *Unification of Tort Law: strict liability*, The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2002, págs. 323 a 350.
- «Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene», en ZIMMERMANN R. (ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pág. 147 y ss.
- WILL, M R., *Quellen erhöhter Gefahr*, München: Beck, 1980.
- ZURITA MARTÍN, I., «La armonización de la normativa reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por productos y servicios defectuosos efectuada por la nueva Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Práctica de Daños*, n.º 66, 2008, págs. 8 a 34.

La obra de Xabier Basozabal Arrue constituye el segundo título de la colección de Derecho Privado del Boletín Oficial del Estado.

El autor analiza el fenómeno de la responsabilidad civil extracontractual, entendida como no vinculada a la culpa del agente causante, en cuanto no vinculada a la culpa del agente causante, tanto en el Código civil como en la legislación civil extracodicial –accidentes de trabajo, navegación aérea, energía nuclear, transportes terrestres, productos defectuosos, protección de los consumidores, etc.–, y sistematiza las líneas predominantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Antes de estudiar con detenimiento cada uno de sus elementos integrantes, lleva a cabo un brillante recorrido por el Derecho comparado en el que presenta las tradiciones francesa, alemana y anglosajona, y concluye haciendo propuestas interpretativas y *lege ferenda* que ayudan a enjuiciar con sensatez una materia heterogénea, dispersa y estudiada casi siempre sin una visión de conjunto.

La bibliografía seleccionada completa el panorama ofrecido por una obra que acierta a sistematizar una de las materias más sensibles para el tráfico jurídico privado.

ISBN 978-84-340-2237-9



9 788434 022379