

# BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

## La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)

**BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ**

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (Acreditada TU)  
Universidad Autónoma de Madrid \*

SUMARIO: Justificación. I. *Las críticas a la teoría de la imputación objetiva.*–II. *La incertidumbre causal.* 2.1 Daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. 2.2 La pérdida de oportunidad. 2.3 Causalidad alternativa o disyuntiva. 2.4 ¿Más casos de incertidumbre causal?–III. *La responsabilidad proporcional: significado y contraste con otras soluciones.* 3.1 La solución tradicional y la responsabilidad proporcional. 3.2 Las ventajas de la responsabilidad proporcional.–IV. *El reconocimiento de la responsabilidad proporcional en el Ordenamiento jurídico español.* 4.1 La doctrina. 4.2 La jurisprudencia. 4.3 La tipificación de la responsabilidad proporcional.–V. *Valoración final.*–*Bibliografía.*

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2017-84947-P «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento: aproximación de dos sistemas» dirigido por los Profesores Nieves FENYO PICÓN y Antonio Manuel MORALES MORENO y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

La presente nota crítica es el fruto de reflexiones que han sido estimuladas por la Profesora Julia ORTEGA (a quien agradezco la confianza que depositó en mí al poner el libro en mis manos) y compartidas con especialistas en la materia que han tenido la delicadeza de atender mis dudas e, incluso, en algún caso, de leer el original. A todos ellos (las Profesoras Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, María del Carmen CRESPO MORA, los Profesores Antonio-Manuel MORALES MORENO, Fernando PANTALEÓN PRIETO, Pedro DEL OLMO y Miquel MARTÍN CASALS) les estoy profundamente agradecida por su generosidad y paciencia. Las imperfecciones que puedan quedar en el original son solo atribuibles a quien firma estas líneas.

## JUSTIFICACIÓN

En el año 2018 la editorial Thomson Civitas publicó el libro *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, cuyo autor, Luis Medina Alcoz, es de sobra conocido por los civilistas<sup>1</sup>. En el libro cabe encontrar reflexiones relacionadas con el *Law & Economics*, la Teoría del Derecho o el Derecho Constitucional<sup>2</sup>; pero no son estas, a mi modo de ver, las cuestiones más sugerentes que la obra ofrece para los civilistas. Si la tesis de la obra es, como se desprende claramente del título, que, en casos de incertidumbre causal la solución debe ser la responsabilidad proporcional, las cuestiones que me planteo como civilista son tres.

El punto de partida debe ser, necesariamente, el análisis del supuesto de hecho al que la responsabilidad proporcional pretende dar solución. Lo que implica preguntarse, qué es la incertidumbre causal o, lo que es lo mismo, en qué supuestos cabe hablar de incertidumbre causal. Este primer bloque de cuestiones trata, entonces, de averiguar cuáles son los casos que plantean el problema jurídico insatisfactoriamente resuelto y en los que la responsabilidad proporcional se erige, a juicio del autor, como la mejor solución.

El segundo bloque de cuestiones tiene como objetivo explicar el significado de la responsabilidad proporcional, en contraste con otro tipo de soluciones.

Por último, se trata de analizar si la tesis defendida por el autor cuenta con predicamento entre la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país o, incluso, con reconocimiento en el Derecho positivo.

La estructura indicada será, precisamente, la que seguiré a continuación, no sin antes aludir a una importante premisa sostenida por el autor y que se relaciona con una de las instituciones básicas de la relación de causalidad: la teoría de la imputación objetiva.

---

<sup>1</sup> No es ésta, de hecho, la primera vez que el mencionado Profesor de Derecho administrativo realiza una incursión en temas civiles y, en concreto, en cuestiones relacionadas con la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Sirvan como muestra su obra, ya de referencia, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007; o algunos de sus artículos sobre el tema: «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades», en *Revista de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, 30/2009, pp. 31 a 74; «El problema de la culpa en el Derecho de Daños», en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, ed. Thomson, Santiago de Chile, 2012, pp. 363-456.

<sup>2</sup> Especialmente, aunque no solo, en el capítulo 3.

## I. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La apreciación del nexo causal es, según el autor, un *juicio normativo*. A propósito de esta tesis, Medina Alcoz reitera las críticas que ya hizo<sup>3</sup> a la teoría de la imputación objetiva<sup>4</sup>.

Luis Medina Alcoz no es el único autor que, en los últimos tiempos, ha criticado la teoría de la imputación objetiva: son conocidas las tesis de García-Ripoll Montijano<sup>5</sup> y de Peña López<sup>6</sup>. Pero justo es citar también las reseñas a estas dos obras, de Maraver Gómez<sup>7</sup> y de Basozábal Arrúe<sup>8</sup>, respectivamente, que no comparan las tesis defendidas por los autores citados.

Creo, con Basozábal Arrúe<sup>9</sup>, que el dato fáctico es, necesariamente, aquel del que se debe partir a la hora de analizar la relación de causalidad en todo supuesto de responsabilidad civil. También cuando hay incertidumbre causal. Y una vez constatado el dato fáctico de que hay incertidumbre causal, la solución que se dé a estos casos será, naturalmente, normativa. Igual que lo es la solución que aporta la teoría de la imputación objetiva. Me sorprende por ello el empeño en criticar esta teoría, pues en nada afecta ésta a la tesis de la responsabilidad proporcional, ya que cada una de ellas trata de resolver problemas distintos: la teoría de la imputación objetiva busca limitar la virtualidad expansiva de la causalidad fáctica, mientras que la responsabilidad proporcional es un criterio para suplir la causalidad<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> MEDINA ALCOZ, 2007, pp. 39-44, 254-259.

<sup>4</sup> «La teoría tiene utilidad (sobre todo para explicar la doctrina de la concurrencia de causas). No obstante, soslaya la reflexión jurídica en torno a la causalidad fáctica bajo el entendimiento de que pertenece al mundo del ser y de que su conocimiento corresponde esencialmente al experto o al científico natural. /Al presentar el juicio de causalidad como físico o puramente naturalista, no normativo, la teoría de la imputación objetiva desarrolla un defecto característico de la dogmática tradicional. Centrada en la construcción de teorías explicativas del sistema jurídico y en la interpretación de las normas, esa dogmática prestaba escasa atención a los hechos, como si no fueran Derecho. Partía de que el juicio al hecho debe abandonarse irremediablemente a la subjetividad del juzgador o, a la inversa, daba por sentado que ese juicio es tan objetivo que no plantea problemas jurídicos», MEDINA ALCOZ, 2018, pp. 25 y 26. Y más adelante: «Las viejas teorías causales (causalidad próxima, adecuada, eficiente; imputación objetiva) son exponentes del «pensamiento dogmático» que pone el acento en la construcción de sistemas, despreciado [*sic*] a menudo los casos reales para fijarse en los de laboratorio».

<sup>5</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, 2008.

<sup>6</sup> PEÑA LÓPEZ, 2011.

<sup>7</sup> MARAVER GÓMEZ, *ADC*, 2010, I, pp. 335 a 348.

<sup>8</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, *ADC*, 2012, III, pp. 1361 a 1366.

<sup>9</sup> BASOZÁBAL ARRÚE, *ADC*, 2012, p. 1362.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X.: *ADC*, 2012, p. 1365. Véase, recientemente, PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 11 de mayo de 2020.

## II. LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

La «incertidumbre causal» se produce en aquellos supuestos en que no se sabe si hubo verdaderamente conexión causal entre el daño producido y el hecho enjuiciado.

La obra analizada se centra en dos grupos de casos que, a juicio del autor, encajan en el concepto de incertidumbre causal: aquellos en que los daños han sido causados por el miembro indeterminado de un grupo y los casos que se suelen agrupar bajo la idea de la «pérdida de oportunidad».

Analizaré estos casos en las líneas que siguen, preguntándome (1) si la calificación de estos grupos de casos como de incertidumbre causal es correcta; y (2) si, más allá de ellos, existen más supuestos de incertidumbre causal. En otras palabras, las cuestiones que me planteo son: ¿son «[casos de incertidumbre causal]» todos los que están «[tratados como de incertidumbre causal en la obra estudiada]»? ¿están todos los que son «[casos de incertidumbre causal]»?

### 2.1 DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO

Como es sabido, se habla de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo cuando se sabe que solo uno de los miembros de un número limitado de personas causó el daño, pero no se sabe quién.

Son muy numerosos los ejemplos que existen a este propósito y que el autor agrupa al comienzo del libro<sup>11</sup>. Pero hasta donde he podido comprobar, no se pronuncia el autor sobre si el problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo deja de tener relevancia desde el punto de vista de la relación de causalidad

---

<sup>11</sup> Algunos de ellos se encuentran expresamente recogidos en la ley. Así, el supuesto en que, por ejemplo, un senderista sufre lesiones por un disparo proveniente de una partida de caza, sin que sea posible determinar quién de los cazadores disparó el proyectil por error (art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza). El caso en que es imposible individualizar la causa de los daños materiales sufridos en el edificio, regulado en el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. O el supuesto, contemplado en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea, en que, como consecuencia de la colisión entre dos aeronaves, un tercero sufre daños (art. 123 de la mencionada ley).

La jurisprudencia nos ofrece otros ejemplos, como el caso resuelto por la conocida STS de 8 de febrero de 1983 (RJ 1983, 2118), en el que un menor sufre lesiones causadas por alguno de los niños que jugaba al lanzamiento recíproco de objetos metálicos punzantes.

En fin, es clásico también el supuesto en que el consumo de un producto ha causado un daño, pero se desconoce la identidad del concreto fabricante.

cuando entre los posibles causantes del daño existió coautoría<sup>12</sup>. Tampoco se entra a valorar si son casos de incertidumbre causal aquellos en los que los responsables han contribuido causalmente a la producción del daño cuya indemnización se pretende, pero lo que no es posible deslindar es la contribución individualizada de cada uno de ellos<sup>13</sup> (supuesto que contempla, por ejemplo, el art. 17.3 LOE).

## 2.2 LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El autor incluye bajo el concepto de incertidumbre causal la «pérdida de oportunidad», esto es aquellos supuestos en que el hecho enjuiciado priva con certeza a la víctima de una ventaja, pero no se puede apreciar con seguridad que dicha ventaja se habría obtenido de no haberse producido el hecho en cuestión.

En la obra que ha sugerido estas reflexiones, se mencionan tres grupos de supuestos como pertenecientes a la pérdida de oportunidad.

En primer lugar, aquellos en que la negligencia del abogado o del procurador priva al cliente de la posibilidad de interponer un recurso<sup>14</sup>, aunque es posible que el recurso no se hubiera ganado. Se trata de los supuestos de «pérdida de oportunidad procesal»,

En segundo lugar, supuestos encuadrados en la responsabilidad civil médica. El autor incluye aquí, como supuestos de pérdida de oportunidad, tanto los casos en los que alguna negligencia médica priva al paciente de la oportunidad de curación<sup>15</sup>, como aquellos en

<sup>12</sup> Véase, a este propósito, PANTALEÓN PRIETO, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, 1, p. 413.

<sup>13</sup> Sobre este supuesto, véase SOLÉ FELIÚ, «The reception of the loss of a chance doctrine in Spanish Case-Law», en *European Review of Private Law*, v. 16, núm. 6-2008, p. 1114 [a partir de ahora, SOLÉ FELIÚ, *ERPL*, 2008].

<sup>14</sup> SOLÉ FELIÚ (*ERPL*, 2008, p. 1108) incluye los casos en no se interpone el recurso en plazo, aquellos en que no se informa al cliente acerca de la posibilidad de reclamar, así como los supuestos en que el cliente pierde la oportunidad de reclamar el pago por transcurso del plazo legalmente establecido.

<sup>15</sup> Piénsese en el caso del médico que no detecta la patología a tiempo, pero es posible que, aunque se hubiera detectado tempestivamente, el resultado hubiera sido el mismo. O en el supuesto resuelto por la conocida STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/8371) en el que la operación de reimplante de una mano amputada a un trabajador no pudo ser realizada por las condiciones en que se produjo el transporte al hospital; pero no es seguro que el reimplante hubiera finalizado con éxito, aunque hubiera llegado a tiempo. El autor alude también a supuestos acaecidos en el ámbito de la sanidad pública, como el resuelto por la STS (3.ª) de 7 de julio de 2008 (RJ 2008, 6872), en el que un submarinista que sufrió un accidente de descompresión quedó en silla de ruedas; la Administración se había demorado excesivamente en el traslado del paciente al hospital que contaba con los instrumentos adecuados para proceder a su curación, pero es posible que el resultado dañoso se hubiera producido aunque la Administración hubiera actuado correctamente. También recoge el autor el supuesto resuelto por la STS (3.ª) de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525), en el

los que falta el consentimiento informado. Sin embargo, la doctrina civil ha mostrado su oposición a la categorización de este segundo grupo de casos como de pérdida de oportunidad, ya que falta en ellos el necesario elemento de la aleatoriedad que caracteriza a la pérdida de oportunidad<sup>16</sup>.

En tercer lugar, el libro también alude a aquellos casos en que «el licitador [...] pudo (o no) obtener la adjudicación del contrato público, si la Administración no hubiera introducido en las bases criterios de valoración contrarios al Derecho de la competencia [...]» (p. 46).

Medina Alcoz analiza la pérdida de oportunidad desde la perspectiva de la relación de causalidad<sup>17</sup>. Esta tesis, que parece haber calado ya en el TS<sup>18</sup>, se separa de aquella que sitúa a la pérdida de oportunidad como un problema relacionado con el daño<sup>19</sup>. En realidad, el autor no se opone a esta visión, pero considera que es solo una visión parcial de los problemas que surgen en este tipo de supuestos: a su juicio, los casos de pérdida de oportunidad plantean, por un lado, un problema relacionado con el daño moral<sup>20</sup> que se derivará, según el caso, de la lesión del derecho de defensa (responsabilidad civil del abogado o del procurador), de la capacidad de autodeterminación (falta de consentimiento informado), de la

---

que se produjo un error de diagnóstico y la paciente, que no sufría la enfermedad que se le había diagnosticado y que tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por las medicinas que le fueron suministradas, desarrolló una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual; también en este caso es posible que el daño se hubiera producido aunque la Administración hubiera actuado correctamente.

<sup>16</sup> Véase CRESPO MORA, 2005, pp. 398 y 399 y la doctrina que cita en la nota 144.

<sup>17</sup> Idea que ya ha expresado en otras sedes; baste citar aquí el Capítulo V del *Tratado de responsabilidad civil*, dedicado a la relación de causalidad y en el que se incluye a la pérdida de oportunidad)

<sup>18</sup> Véase la reciente STS de 19 de diciembre de 2019 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena), en particular, el FD.º séptimo, y de la que tuvo conocimiento a raíz de la comunicación presentada en el I Congreso Iberoamericano de Responsabilidad civil (celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 28 y 29 de octubre de 2019) por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y titulada «Responsabilidad de la directora de una guardería por el fallecimiento de un bebé: el daño resarcible por la pérdida de oportunidad en la STS de 19 de febrero de 2019».

<sup>19</sup> Y así, baste decir aquí, que en el *Tratado de responsabilidad civil* dirigido por REGLERO CAMPOS, aunque la pérdida de oportunidad se trate en la relación de causalidad (de la que, como acabo de recordar en la nota anterior, se ocupa el propio MEDINA ALCOZ), también se analiza desde la perspectiva del daño, por VICENTE DOMINGO, 2014, p. 332, y por PARRA LUCÁN y REGLERO CAMPOS, 2014, pp. 490 a 493).

<sup>20</sup> Sin embargo, es reiterada la jurisprudencia del TS que atribuye carácter patrimonial al daño por pérdida de oportunidad procesal cuando la pretensión era de carácter económico. También se ha indemnizado el daño patrimonial cuando no hay ninguna duda de que la negligencia del letrado ha privado al cliente de una sentencia estimatoria (véase, a título de ejemplo, las SSTS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8871] y 21 de marzo de 2006 [RJ 2006, 1591], cit. por SOLÉ FELIÚ, *ERPL*, 2008, p. 1109). Aunque, como ha afirmado CRESPO MORA, 2005, p. 382], en estos casos, a los que la autora se refiere como supuestos de daño por pérdida de la pretensión, no hay una auténtica pérdida de oportunidad, pues hay certeza.

oportunidad de curación (responsabilidad civil médica) o de la oportunidad de obtención de un contrato para el licitador. Pero, continúa el autor, por otro lado, existe el problema de si hay una conexión causal entre la falta de interposición del recurso y la satisfacción de la pretensión; o la falta de curación del paciente y la negligencia médica o la falta de consentimiento informado; o entre la falta de obtención del contrato y la vulneración de las normas por la Administración, según el caso.

### 2.3 CAUSALIDAD ALTERNATIVA O DISYUNTIVA

Hay un tercer grupo de casos al que el autor alude en una parte de la obra, pero sin que llegue a quedar claro si constituyen, a su juicio, supuestos de incertidumbre causal. Se trata de los supuestos de «causalidad alternativa o disyuntiva», en los que «es posible que el daño derive de un factor, pero es posible que provenga de otro, sin que esté probado que sea consecuencia de ambos a la vez» (p. 48). Ilustra el autor esta idea con dos ejemplos. En primer lugar, se refiere al hipotético caso en que el daño consiste en las graves lesiones permanentes que sufre un bebé; los dos posibles factores que pueden haber causado el daño (sin que se sepa cuál de ellos lo ha producido) son la falta de detección de las insuficiencias de la placenta por parte del personal médico y el cordón umbilical que rodeaba el cuello del bebé. El segundo ejemplo de causalidad alternativa o disyuntiva que propone el autor es el de un esquiador que sufre graves daños, sin que sea posible determinar si se produjeron al caerse fortuitamente o, posteriormente a la caída, cuando se golpeó contra una señalización puntiaguda incorrectamente protegida.

Aunque a primera vista pudiera parecer que, a juicio del autor, también en estos supuestos existe incertidumbre causal, esta conclusión se ve oscurecida en la página 125, en la que, a propósito de una STC [a la que aludiré más adelante (*infra* § IV)], se afirma «Es discutible que el problema sea de incertidumbre causal o causalidad alternativa [...]» (p. 125), contraponiendo, así, ambos conceptos.

### 2.4 ¿EXISTEN MÁS CASOS DE INCERTIDUMBRE CAUSAL?

Más allá de los grupos de casos a los que la obra aquí analiza presta atención, existen otros que también cabe calificar de incertidumbre causal. La tipología es muy amplia y ni siquiera

existe un consenso claro sobre cuáles son los grupos de casos que cabe calificar de incertidumbre causal<sup>21</sup>. Tomando como guía la tipología que propone Martín Casals, cabe hablar de incertidumbre causal en casos de causalidad alternativa con causante del daño no identificado<sup>22</sup>, causalidad alternativa con pluralidad de víctimas donde la incertidumbre no permite relacionar a los causantes con las víctimas<sup>23</sup>, víctimas no identificadas<sup>24</sup> e incremento de riesgo<sup>25</sup>.

A la vista de la heterogeneidad de supuestos que cabe incluir bajo el concepto de incertidumbre causal, cabe preguntarse si todos ellos deben recibir la misma solución. Esta reflexión se torna más necesaria si se tiene en cuenta que ningún Ordenamiento propone como solución única a la incertidumbre causal la de la responsabilidad proporcional<sup>26</sup>.

### III. LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL: SIGNIFICADO Y CONTRASTE CON OTRAS SOLUCIONES

Situados entonces en el escenario que interesa (incertidumbre causal), las preguntas que inevitablemente se estará haciendo el lector son las siguientes: ¿Cuál es la solución que tradicionalmente se ofrece y qué solución propone la «responsabilidad proporcional» en estos casos? (*Vid.* § 3.1). ¿Por qué es preferible la responsabilidad proporcional frente a la solución tradicional? (*Vid.* § 3.2).

<sup>21</sup> Como se desprende de las palabras de MARTÍN CASALS, 2012, p. 252, nota 64.

<sup>22</sup> Existiendo una pluralidad de causantes del daño y una sola víctima, el daño ha sido causado por tan solo uno de ellos o, en cualquier caso, no por todos ellos, pero se ignora por quién (art. 3:101 (1) PETL).

<sup>23</sup> Artículo 3:103 (2) PETL.

<sup>24</sup> Se incrementa el número de personas que sufren un determinado daño que puede haber sido originado por factores diversos. Por ejemplo, tras la instalación de una fábrica, se incrementa el número de personas que sufren una determinada enfermedad, pero no es posible saber cuáles son las víctimas que deben su dolencia a la contaminación que proviene de la fábrica.

<sup>25</sup> Se trata de supuestos como los que MEDINA ALCOZ incluye en la causalidad alternativa (daño cerebral del bebé, que puede haber sido causado por la vuelta de cordón o por la negligencia del médico; lesiones que sufre un esquiador y que no se sabe si han sido causadas de modo fortuito antes de golpearse con una señalización puntiaguda mal señalizada o tras el golpe con ella).

<sup>26</sup> Tal y como informa MARTÍN CASALS, 2019, p. 218), quien, citando a Jaap Spier y sus comentarios al artículo 3:103 ss. PETL, añade: «The shift to proportional liability may depend on several factors, such as the basis of liability (negligence/gross negligence, strict liability, vicarious liability), the relevant recoverable heads of loss, the magnitude of the damage, the number of tortfeasors, the number of victims, etc.».

### 3.1. LA SOLUCIÓN TRADICIONAL Y LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

En los casos de incertidumbre causal, por definición no es posible averiguar si el daño se habría producido de no mediar el hecho enjuiciado, de modo que lo que se exige al juzgador es que determine si la probabilidad de que el daño se habría producido sin el hecho enjuiciado es más o menos alta o más o menos baja (p. 27). El grado de probabilidad se determina mediante la lógica inductiva, es decir, a través de las leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia (las reglas de la sana crítica de los arts. 316.2, 348 y 376 LEC o criterio humano del art. 386.1 LEC). Conforme a estas reglas, cabe diferenciar varios grados de probabilidad, que, por razones de claridad expositiva, el autor expresa en los siguientes porcentajes: muy alta ( $\geq 90\%$ ), alta ( $\geq 75\%$ ), media (50%), baja ( $\leq 25\%$ ) o muy baja ( $\leq 10\%$ ) (p. 28).

La «responsabilidad proporcional» distribuye el peso de la incertidumbre entre las dos partes, víctima y agente. La víctima recibirá una indemnización parcial, que se calculará conforme a la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho; el agente responderá en proporción a la probabilidad causal (p. 16).

La responsabilidad proporcional no se aplicará cuando la probabilidad de concurrencia del nexo causal es nula, escasa o insignificante, ni cuando dicha probabilidad es alta o muy alta; en el primer caso, la víctima no tiene derecho a indemnización, mientras que en el segundo se reconoce al dañado el derecho a la reparación total (p. 143).

La «solución tradicional» en los casos de incertidumbre causal parte de un sistema que el autor denomina «sistema binario» porque «[s]us reglas [...] responden a la lógica bivalente, esto es, a una racionalidad que admite solo dos valores de verdad (verdadero o falso, 1 o 0)» (p. 44). Este sistema «obliga a elegir sin vacilaciones, como si no hubiera incertidumbre, entre la existencia de causalidad y de responsabilidad total, por un lado, o la ausencia de causalidad y de toda responsabilidad, por otro» (p. 15).

El autor divide las reglas del sistema tradicional en dos grupos: las reglas ordinarias y las reglas excepcionales.

Las reglas ordinarias son las de la «probabilidad preponderante» y la «carga probatoria», entendida esta última como regla de cierre en caso de duda.

Conforme a la regla de la responsabilidad preponderante, el sistema jurídico reputa una hipótesis como aceptable por ser suficien-

temente probable cuando «la hipótesis de que la víctima habría dejado de padecer el daño, de no haber mediado el hecho ilícito [es] más probable que la hipótesis contraria» (pp. 32 y 33). Ahora bien, «cuando el juzgador es incapaz de determinar si la probabilidad de la hipótesis fáctica supera o no el umbral de la probabilidad preponderante (> 50%), debe quitar la razón a quien, estando en mejores condiciones de probar, no ha proporcionado los elementos de juicio que quizá habrían inclinado la balanza a su favor» (p. 32).

Las reglas excepcionales son los estándares especiales de certidumbre y la inversión legal de la carga probatoria.

Los «estándares especiales» de certidumbre son dos (p. 37): aquellos que fijan un estándar exigente de certidumbre, correspondiente con probabilidades altas o muy altas; y aquellos que fijan un estándar suave de certidumbre correspondiente con probabilidades bajas o muy bajas.

El ejemplo de estándar exigente de certidumbre que el autor avanza en el libro es la garantía constitucional de la presunción de inocencia, que «expresa la exigencia de que la hipótesis fáctica supere un nivel cualificado de probabilidad, lo que implica aceptar un hecho como falso, aunque pueda tener más probabilidades positivas que negativas» (p. 38).

La prohibición constitucional de las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra condición personal o social (recogida, como es sabido, en el artículo 14 CE) encierra, según Medina Alcoz, una «regla probatoria especial que opera en el caso de que concurra un mínimo panorama indiciario de discriminación. Según el Tribunal Constitucional, –continúa el autor– esa regla conmina a probar la ausencia de discriminación a quien alega no haber incurrido en ella» (p. 39).

La «inversión legal de la carga probatoria» se refiere a aquellos supuestos en que hay una regla de cierre que en caso de duda favorece sistemáticamente a una de las partes. El ejemplo ofrecido por el autor es «la regla de cierre in dubio pro operario recogida en el artículo 3.2 del Estatuto de los Trabajadores» (p. 37).

### 3.2 LAS VENTAJAS DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

De las dos soluciones posibles a los supuestos de incertidumbre causal (tradicional «versus» responsabilidad proporcional), es

«preferible», según el autor, la que brinda la «responsabilidad proporcional», por las razones que siguen:

«En resumen, la responsabilidad proporcional como solución brindada a la incertidumbre causal es prácticamente igual de buena que el sistema binario de la probabilidad preponderante en términos de acierto o racionalidad epistemológica y superior a él desde la perspectiva de la igualdad y la eficiencia. Responde a la identidad de valor de las partes implicadas con más precisión, distribuyendo los errores y el coste de la incertidumbre entre las dos partes; y genera más beneficio social, al reducir el coste social de los accidentes y maximizar la utilidad del dinero sin aumentar apreciablemente el coste social derivado de los errores ni los costes administrativos. Frente a la inversión legal de la carga de la prueba (régimen binario con regla de cierre favorable a una de las partes, sin alteración del umbral de la probabilidad preponderante), la responsabilidad proporcional es superior en los mismos términos (igualdad y eficiencia). Frente al régimen binario del estándar probabilístico especial (suave o riguroso), la responsabilidad proporcional es superior en todos los órdenes: falla mucho menos, honra mucho más la igualdad de las partes y produce más beneficio social también desde la perspectiva del coste social derivado de los errores y los costes administrativos» (p. 84).

#### IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

¿Se reconoce la «responsabilidad proporcional en el Ordenamiento jurídico español»? La obra expone la opinión de la doctrina (*infra* § 4.1), los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto (*infra* § 4.2), analiza si hay impedimentos constitucionales a su reconocimiento (*infra* § 4.3) y, finalmente, se pregunta si está recogida en el Derecho positivo (*infra* § 4.4).

##### 4.1 LA DOCTRINA

Medina Alcoz afirma que la responsabilidad proporcional es una solución defendida por la «doctrina mayoritaria», entre quienes se encuentran, además de él mismo, Cosculluela Montaner, Doménech Pascual, Asúa González, Peña López, García Amado, Xiol Ríos, Asensi Pallarés, Cid-Luna Clares, Díez Sastre, Galán Cortés, Yzquierdo Tolsada, Gallardo Castillo, González Carrasco y Llamas Pombo (pp. 116 y 117, nota 3). No oculta el autor que

voces autorizadas han expresado su oposición a la incorporación de la responsabilidad proporcional como criterio general para resolver el tipo de supuestos que venimos analizando [en concreto, Martín Casals y Solé Feliú (pp. 106 y 107)].

## 4.2 LA JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el autor afirma (p. 119) que tanto la Sala 1.<sup>a</sup> como la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo han acogido abiertamente el planteamiento ofrecido por la responsabilidad proporcional en el ámbito de la pérdida de oportunidad. Cita, a este propósito, la STS (1.<sup>a</sup>) de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784), relativa a un supuesto de falta de consentimiento informado, así como la STS (3.<sup>a</sup>) de 20 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1376).

El autor se preocupa de demostrar que no existen impedimentos constitucionales al reconocimiento de la responsabilidad proporcional en nuestro Ordenamiento, más allá de que «el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales puede llegar a condicionar al legislador que se ocupa de los sistemas de imputación causal, en general, y de la responsabilidad proporcional, en particular» (p. 124). Ilustra esta idea a través de la STC 69/2016, de 14 de abril, a partir de la cual se plantea la posible incompatibilidad de la responsabilidad proporcional con el reconocimiento constitucional del derecho a la huelga.

## 4.3 LA TIPIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL

Una importante conclusión de la obra es que la regla de la responsabilidad proporcional ya está «tipificada» en el Ordenamiento jurídico español. En concreto, en algunos supuestos de pérdida de oportunidad y de daño causado por miembro indeterminado de un grupo.

En el ámbito de la «pérdida de oportunidad» estaría tipificada en la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, del Consejo, de 25 de febrero de 1992 y, en concreto, en su artículo 2.7, que reza como sigue: «Cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este Derecho, y que

hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación».

Interpreta el autor este precepto en el sentido de que «[a]nte esta prueba, el licitador tiene derecho a obtener una reparación parcial, inferior al beneficio industrial que habría reportado la ejecución del contrato» (p. 127).

Sin embargo, creo que esta no es la única interpretación posible de la norma: de hecho, como el propio autor apunta a continuación, algunos países (Alemania, por ejemplo) «interpretan que la Directiva mantiene el sistema binario de imputación causal, limitándose a dulcificar el umbral de incertidumbre» (p. 128).

Pasando a los casos de daños causados por «miembro indeterminado de un grupo», en opinión del autor algunas leyes que imponen la responsabilidad solidaria en estos casos recogen la responsabilidad proporcional como regla aplicable dentro de la relación interna.<sup>27</sup> Pero, a mi modo de ver, esta tesis del autor palidece si tenemos en cuenta que la solidaridad es, precisamente, la solución opuesta a la responsabilidad proporcional en casos de incertidumbre causal<sup>28</sup>: en los supuestos de responsabilidad solidaria la víctima recibe la indemnización total del daño, lo que es incompatible con la regla de la responsabilidad proporcional, que precisamente tiene como premisa la distribución del peso de la incertidumbre entre las dos partes (agente y víctima). El autor insiste (pp. 52 a 59), sin embargo, en que en estos casos el coste de la incertidumbre causal sigue estando distribuido entre los agentes y la víctima y la solidaridad es solo una de las posibles soluciones a un problema distinto: el del riesgo de impago por incomparecencia o insolvencia. La solidaridad, continua Medina Alcoz, transfiere el riesgo de impago a los posibles causantes, mientras que la otra posible solución (la mancomunidad) deriva el riesgo hacia la víctima [como sucedió en el caso inglés *Barker v. Corus* (2006)].

Como es sabido, y como el propio autor reconoce, lo habitual es que el legislador no diga nada acerca de la distribución de la indemnización entre los deudores solidarios. Para Medina Alcoz

---

<sup>27</sup> Y así, el artículo 35.1.a) del Decreto 506/1971, de 25 de marzo y el 71.4 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón, disponen que si se desconoce cuál es el terreno del que procede la especie cinegética causante de daños, los propietarios de los fondos cercanos responden solidariamente de todas las pérdidas frente a la víctima y en proporción a la superficie colindante de los predios perjudicados frente al deudor solidario que abone la compensación. El artículo 123 Ley 48/1960 establece que en caso de colisión de dos aeronaves sin que pueda determinarse cuál de ellas provocó los daños al tercero, cada una de las empresas responderá solidariamente frente a las víctimas y en proporción al peso de la aeronave dentro de su relación interna.

<sup>28</sup> Como pone de manifiesto MARTÍN CASALS, 2019, p. 216. Véase, además, con Solé Feliú, 2013, pp. 24 y 25.

esto no es obstáculo para que la responsabilidad proporcional sea el criterio de reparto, lo que justifica del siguiente modo:

«Las previsiones legales que establecen la solidaridad vienen a disponer que, en ausencia de información particularizada sobre la autoría, ante la consiguiente equidistribución de las probabilidades causales, los miembros del grupo deben compartir el coste del daño a partes iguales. La regla del prorrateo está generalmente aceptada, aunque no siempre se explicita su razón de ser. Su fundamento normativo no se halla en el artículo 1138 CC [...] En el caso que nos ocupa, «del texto de las obligaciones» resulta la exigencia de distribuir el coste del daño en función de la probabilidad causal. Esta exigencia es la que, en ausencia de información particularizada, obliga a dividir la indemnización a partes iguales. De ahí que, en presencia de datos indicativos de que algún miembro tiene más probabilidades causales que otro, no haya prorrateo, imponiéndose la distribución asimétrica [...] Estas previsiones legales, del mismo modo que precisan que el miembro que prueba que no es autor del menoscabo deja de incurrir en responsabilidad frente a los demás integrantes del grupo, vienen a disponer que el miembro que demuestra su menor probabilidad causal incurre en menor responsabilidad. En suma, el silencio legal en cuanto a los criterios de distribución de la indemnización debe necesariamente interpretarse en el sentido de que cada posible causante responde en función del grado de probabilidad causal» (pp. 130 y 131).

Es importante subrayar que para el autor la tipificación de la regla de la responsabilidad proporcional no está en las cláusulas generales de responsabilidad civil (pp. 32, 84 y 85). Es más, un capítulo entero de la obra (el 3.º) se dedica a criticar lo que el profesor Medina Alcoz denomina «ficciones», esto es, «crípticas denominaciones y artificiosas justificaciones para presentar la responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal como regla derivada de las cláusulas generales de responsabilidad» (p. 86)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Serían ficciones, en primer lugar, la justificación de la indemnización en casos de pérdida de oportunidad exclusivamente desde la perspectiva de la *chance* como el daño indemnizable cuando la probabilidad causal, sin ser alta, es seria (pp. 89 a 93); también la tesis que, en el ámbito médico sanitario, justifica la regla de la responsabilidad proporcional aplicando la doctrina de la concurrencia de causas (pp. 98 a 100); critica igualmente la tesis que presenta a la responsabilidad proporcional como una teoría vigente compatible con el sistema tradicional de imputación causal, explorando la teoría de la prueba (pp. 93 a 97); en fin, son también «ficciones» criticables, a juicio del autor, todas aquellas teorías que han tratado de justificar la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo en los casos de daños causados por miembro indeterminado de un grupo (la que parte de la consideración del conjunto de los posibles autores como una especie de personificación o sociedad de hecho [p. 100], la que justifica su responsabilidad a partir de la teoría del riesgo creado [pp. 101 y 102], la tesis que sitúa en el seguro el fundamento de la responsabilidad [pp. 102 a 104] o aquella que la analiza desde la perspectiva de la inversión de la carga probatoria [pp. 104 a 106]).

En fin, según el autor la regla de la responsabilidad proporcional puede «extenderse más allá de los supuestos tipificados»:

«La legislación en materia de contratación pública, caza, navegación aérea y edificación ha previsto la responsabilidad proporcional para resolver un problema habitual en el ámbito regulado (incertidumbre causal), sin la pretensión de realizar una composición de intereses singular, vinculada a un objetivo político específico o a circunstancias exclusivamente características del sector. Ha concretado una regla perfectamente generalizable que honra la igualdad de las partes. El juez que aplica este criterio a supuestos distintos crea Derecho nuevo, pero no altera la estructura del sistema de responsabilidad civil; no promueve activamente políticas públicas ni pone en riesgo, por tanto, la voluntad constitucional de que sean los parlamentos y las Administraciones quienes desarrollen esas políticas públicas». (p. 138).

## V. VALORACIÓN FINAL

La obra que ha servido de estímulo para estas reflexiones es un trabajo que tiene el mérito de hacer propuestas en un terreno difícil, aunque, a mi modo de ver, no acierta a satisfacer las objeciones de los mejores especialistas de la responsabilidad civil en España.

El autor plantea propuestas valientes y rupturistas, pero la cautela impone que, antes de dar por superadas determinadas teorías, contemos con una alternativa que funcione correctamente.

Es probable que la responsabilidad proporcional pueda tener un papel en el futuro diseño de la responsabilidad civil, pero su adecuada construcción exige una cuidadosa distinción de supuestos, ya que hay una gran heterogeneidad de casos, que presentan una diversidad de situaciones y de problemas, lo que quizás aconseje que la solución no sea la misma para todos ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BASOZÁBAL ARRÚE, Xabier: «Reseña a Peña López, Fernando: Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL», en *ADC*, 2012, III, pp. 1361 a 1366.
- CRESPO MORA, María del Carmen: *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: Imputación objetiva, *causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, ed. Comares, Granada, 2008.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Derecho civil y en Derecho penal. A propósito del libro de Mar-

- tín García-Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, en *ADC*, 2010, I, pp. 335 a 448.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Causation and scope of liability in the Internet of Things (IoT)», en *Causation and Scope of liability in the Internet of Things (IoT): Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Sebastian Lohsse; Reiner Shulze; Dirk Staudenmaier (Ed.), Hart Publishing, 2019.
- Y SOLÉ FELIÚ, Josep: «Causal uncertainty and proportional liability in Spain», en *Proportional liability, Analytical and Comparative perspectives*, Israel Gilead, Michael D. Green, Bernhard A. Coch (Eds.), ed. Walter de Gruyter GmbH, Berlin, Boston, 2013.
- «Nuevas perspectivas de la responsabilidad extracontractual», en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, E. Bosch Capdevila (Dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2012.
- MEDINA ALCOZ, Luis: *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- «El nexo causal. La pérdida de oportunidad, Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 825 a 872.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «En pocas palabras: sobre imputación objetiva y daños causados por un animal (art. 1905 CC)», en *Almacén de Derecho*, entrada del 11 de mayo de 2020.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles y REGLERO CAMPOS, Fernando: «La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II., Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 439 a 596.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- SOLÉ FELIÚ, Josep: «The reception of the loss of a chance doctrine in Spanish case-law», en *European Review of Private Law*, 2008, pp. 1105 a 1117.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Reglero Campos y Busto Lago (Dirs.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, 5.ª ed., Cizur Menor, 2014, pp. 317 a 462.