



# Una lógica razonable para el derecho de daños

Juan Panisello Martínez

Abogado

[bufetepanisello@gmail.com](mailto:bufetepanisello@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0003-1806-7812>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

## Extracto

Uno de los mayores desafíos es contar con normas jurídicas que, adaptándose a los nuevos tiempos, resulten eficientes y ofrezcan seguridad jurídica. El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunas ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños. Entendiendo el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional, y la responsabilidad civil como un mecanismo para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad, se facilitaría la creación de un «nuevo» derecho de daños que, superando los enfoques tradicionales dogmáticos y abstractos, ayudase a minimizar las ineficiencias, problemas y patologías del «actual» derecho de daños, asignando costes y atribuyendo responsabilidades de manera más eficiente.

**Palabras clave:** derecho de daños; responsabilidad; diligencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

**Cómo citar:** Panisello Martínez, J. (2021). Una lógica razonable para el derecho de daños. *Revista CEFLegal*, 241, 37-62.





# A reasonable logic for the tort law

Juan Panisello Martínez

## Abstract

One of the biggest challenges is having legal rules that adapt to the new times are efficient and offer legal certainty. The imbalance between the dogmatic and abstract world of theories of law with the world of decisions and practices reveals some inefficiencies in some aspects of civil liability in the field of tort law. Understanding law as a system of regulation of rational human behavior, and civil liability as a mechanism for distributing burdens and benefits among members of society, would facilitate the creation of a «new» tort law that, by overcoming traditional dogmatic and abstract approaches, would help to minimize the inefficiencies, problems and pathologies of the «current» tort law, allocating costs and attributing responsibilities more efficiently.

**Keywords:** tort law; liability; diligence.

**Citation:** Panisello Martínez, J. (2021). Una lógica razonable para el derecho de daños. *Revista CEFLegal*, 241, 37-62.



## Sumario

1. Cuestiones previas
  2. Las bases estructurales del derecho de daños
    - 2.1. La negligencia
    - 2.2. La responsabilidad objetiva
    - 2.3. La conducta diligente
  3. La responsabilidad por el hecho de otro
    - 3.1. La responsabilidad de los empresarios
    - 3.2. La responsabilidad de los padres o tutores
    - 3.3. La ineficacia de la responsabilidad personal
  4. La relación de causalidad
  5. La relación jurídica de las partes
  6. Una lógica razonable en la lógica jurídica
  7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



## 1. Cuestiones previas

La evolución experimentada en materia de responsabilidad civil desde la *Lex Aquilia* hasta nuestros días ha ido de la mano con la transformación experimentada por las modernas sociedades, y ha comportado que el derecho de daños se constituya en uno de los sectores que presenta un mayor dinamismo en su evolución y en su aplicación práctica (Jansen, 2003, pp. 13 y ss.).

Las exigencias que la sociedad actual formula al derecho son muy distintas a las de principios del siglo XX. El avance de las nuevas tecnologías, la sociedad de la información, la globalización, el constante movimiento de personas y el intercambio de mercados de distintos países influyen de manera decisiva en el derecho privado, por lo que –probablemente– uno de los mayores desafíos que tiene la sociedad actual es contar con normas jurídicas que, adaptándose a los nuevos tiempos y garantizando el respeto al Estado de derecho, resulten eficientes y ofrezcan seguridad jurídica tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (Salvador y Gómez Ligüerre, 2005, p. 6).

Para poder ofrecer respuestas efectivas a los nuevos retos de la sociedad actual, tal vez debemos plantearnos si la investigación jurídica debe continuar limitándose a valorar el derecho desde una perspectiva abstracta en la que predomine la reflexión doctrinal y dogmática jurídica, que parece conducirnos a sistemas cerrados incapaces de dar respuestas efectivas a los nuevos retos que se plantean en el siglo XXI (Bullard González, 2002, pp. 17-19; Pérez Fuentes, 2009, pp. 43-44). Igualmente, para poder afrontar los nuevos retos que nos plantea la sociedad actual, tal vez no debemos conformarnos solo con la concepción positivista del derecho –la normativa–, que nos conduce a incesantes reformas legislativas con el fin de elaborar nuevas normas jurídicas que se adapten a la realidad social del momento, y al poco tiempo proceder a su derogación por haberse quedado desfasadas de nuevo de la realidad social, método que comporta desconcierto y falta de seguridad jurídica (Pérez Fuentes, 2009, p. 55).

Para que el derecho pueda afrontar de una manera más exitosa y eficiente los nuevos retos de la sociedad actual, pueden ser de utilidad metodologías que nos ayuden a predecir la conducta humana, siempre que partamos de la premisa de concebir el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional que persigue orientarla a partir de la utilización de incentivos (Bullard González, 2002, pp. 20-21). Se hace preciso que el razonamiento jurídico no se aleje de la realidad para que el derecho sea más eficiente (Schäfer y Ott, 1991, p. 21; Alfaro Águila, 2007, pp. 4-5; Barcia Lehmann, 1998, p. 149), y la sociedad en su conjunto pueda alcanzar sus cotas máximas de bienestar (Schäfer y Ott, 1991, p. 47). Una metodología que nos posibilite pronosticar conductas humanas e incentive conductas para minimizar los costes sociales de los daños, y facilite la conexión ente la realidad social y el derecho (Bullard González, 2002, pp. 20-21), en un entorno cada vez más tecnológico, industrial y dinámico<sup>1</sup>.

Conceptos como «buena y mala fe», «daño injusto», «diligencia de un buen padre de familia», «diligencia de un hombre razonable» o «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar», son de asombrosa imprecisión (Doménech Pascual, 2019, p. 7). Difícilmente pueden ofrecernos pautas claras, precisas y sólidas sobre cuestiones complejas, que son justo las cualidades deseables de una teoría explicativa del derecho (Doménech Pascual, 2019, p. 32). Las teorías tradicionales no ofrecen explicaciones claras, precisas y sólidas de cómo el derecho es aplicado en la realidad, ni consideran que el derecho privado –y, en particular, el derecho de daños– sea un instrumento para la consecución de fines extrajurídicos, como la eficiencia o el bienestar social. Se limitan a la afirmación y defensa de los derechos individuales, considerando que la idea teórica que mejor explica el derecho de daños es la de la justicia correctiva, según la cual los individuos que han causado un daño injusto a otros tienen el deber jurídico de repararlo (Weinrib, 2017, pp. 27 y ss.).

El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunos problemas o ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en materia de derecho de daños, que precisan de nuevos enfoques para poder ofrecer soluciones más eficientes en entornos cada vez más dinámicos, industriales y tecnológicos.

## 2. Las bases estructurales del derecho de daños

El derecho de daños tradicionalmente se ha estructurado en torno a la negligencia y a la responsabilidad objetiva (Jansen, 2003, p. 1), si bien en ocasiones, como veremos, se han producido problemas de encaje.

---

<sup>1</sup> Entrevista a José María Gay de Liébana, el 3 de febrero de 2020, en *Herrera en COPE*. ([https://www.cope.es/programas/herrera-en-cope/noticias/gay-liebana-mientras-que-amazon-invirtio-mil-millones-dolares-idi-espana-mil-millones-20200203\\_610124](https://www.cope.es/programas/herrera-en-cope/noticias/gay-liebana-mientras-que-amazon-invirtio-mil-millones-dolares-idi-espana-mil-millones-20200203_610124)).

## 2.1. La negligencia

Con arreglo a las teorías tradicionales, la negligencia es el elemento desencadenador de la responsabilidad civil. Se precisa que la conducta humana previa al daño infrinja deberes de precaución o de cuidado (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, p. 351) exigibles en el ámbito de la actividad que se lleve a cabo (Salvador Coderch, 2019, p. 67). Para determinar hasta dónde debe alcanzar la diligencia debida y el grado de previsibilidad del daño, los tribunales acuden *a posteriori* con arreglo a un criterio abstracto al estándar del hombre prudente y razonable o buen padre de familia<sup>2</sup>.

En un intento de aclarar el concepto de diligencia de un buen padre de familia la jurisprudencia, en ocasiones, invocando el artículo 4:102(1) de los PELT<sup>3</sup>, establece que el estándar o patrón de conducta exigible es el de la «persona razonable», que deberá adaptarse a las circunstancias de cada caso. En un caso de una caída, utilizando el criterio de la «relación de proximidad o especial confianza»<sup>4</sup>, consideró que quien recibía en su casa como anfitrión a unos amigos que iban a cenar no había sido negligente por el hecho de que uno de ellos, que habían entrado en la casa como en casa propia, cayó al pisar un objeto –un pequeño juguete con ruedas– que había en el suelo de un pasillo oscuro (Salvador Coderch y Ramos González, 2008, pp. 4-5). En otro caso de daños causados por la explosión producida por las emisiones de gas de un producto químico altamente peligroso, utilizado de forma masiva para fumigar una vivienda, para considerar que el demandado no había sido suficientemente diligente, empleó el criterio del «conocimiento de la peligrosidad del producto»<sup>5</sup>. Y en un supuesto de atropello en el metro, al entrar en el hueco existente entre dos vagones cayendo a las vías, nos recuerda que la diligencia del que actúa debe ser adaptada a la naturaleza de la actividad que realiza<sup>6</sup>.

La metodología que en la práctica utilizan los tribunales para verificar el estándar de conducta exigible de una «persona razonable», y en su caso establecer la eventual responsabilidad, no es otra que ponderar los elementos que intervienen bajo el prisma de la eficiencia económica. Los elementos para ponderar son el daño, la probabilidad y el gato de previsión. El daño previsto indicaría la naturaleza y el valor del interés de que se trate, así como la peligrosidad de la actividad. La probabilidad de que el daño ocurra explora la peri-

<sup>2</sup> STS de 14 de marzo de 2001 (recurso de casación núm. 545/1996), STSJ de Galicia de 29 de julio de 2016 (recurso de suplicación núm. 299/2016), SAP de Almería de 11 de julio de 2003 (recurso de apelación núm. 187/2003) y SAP de Madrid de 27 de marzo de 2018 (recurso de apelación núm. 701/2017).

<sup>3</sup> Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil elaborados por el European Group on Tort Law. (<http://www.egtl.org>).

<sup>4</sup> STS de 17 de julio de 2007 (recurso de casación núm. 2727/2000).

<sup>5</sup> STS de 21 de noviembre de 2008 (NCJ048353).

<sup>6</sup> STS de 5 de noviembre de 2014 (NCJ058944).

cia exigible a la persona que lleva a cabo la actividad. Y el gasto de previsión o prevención vendría determinado por el coste de las medidas de precaución.

En la práctica los tribunales consideran que se actuará de manera negligente cuando el «gasto de previsión» (V) es menor que el «daño previsto» (S), teniendo en consideración la «probabilidad de que el daño ocurra» (q). O, dicho de otra manera, surgirá la responsabilidad cuando se cumple la condición  $V < S \times q$ . En cambio, los tribunales consideran que se ha actuado de manera diligente cuando el «gasto de previsión» (V) es superior que el «daño previsto» (S), teniendo en consideración la «probabilidad de que el daño ocurra» (q). O lo que es lo mismo, no surgirá la responsabilidad cuando se cumpla la condición  $V > S \times q$ . En definitiva, para no incurrir en responsabilidad se hace necesario optimizar el gasto de prevención. Optimización que se producirá cuando se cumpla la condición  $V = S \times q$  (Schäfer y Ott, 1991, p. 110).

A modo de ejemplo, pueden señalarse dos supuestos de suicidio en centro penitenciario, en los que para determinar la responsabilidad se priman criterios de eficiencia económica, por encima de la eventual discordancia entre el derecho aplicado y el que se dice aplicar. Se deja de lado el criterio de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración y se resuelve con arreglo al criterio de la culpa, enmascarándolo como en tantos otros casos con el nexo causal<sup>7</sup>.

El primero de ellos es un supuesto de asfixia por ahorcamiento con una sábana, en el que se consideró que no había concurrido una imputable actuación negligente por parte de la Administración, necesaria para considerar existente el nexo de causalidad<sup>8</sup>. Con carácter previo no se había advertido nada anómalo en el comportamiento del interno, ni se había detectado ningún síntoma que pudiera indicar un suicidio posterior, por lo que la probabilidad de que el daño ocurriese (q) era muy baja y las medidas de precaución (V) muy costosas. Comportaría una vigilancia permanente a pesar de que no se evidenciara un especial riesgo de suicidio, así como la privación de objetos tan poco peligrosos *a priori* como las sábanas. Lo que en realidad se considera es que al ser el «gasto de previsión» (V) mayor que el «daño previsto» (S), teniendo en cuenta la «probabilidad» de que este ocurra (q), lo prudente era considerar que la Administración había actuado de manera diligente. En consecuencia, al cumplirse la condición  $V > S \times q$ , la resolución del tribunal es la más adecuada al supuesto enjuiciado. Se considera que se ha actuado de manera diligente al no haber superado el punto crítico del gasto de prevención o previsión óptimo.

<sup>7</sup> SSTS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988\5896), 22 de julio de 1988 (RJ 1988\6095), 13 de marzo de 1989 (RJ 1989\1986), 4 de enero de 1991 (RJ 1991\500), 13 de junio de 1995 (recurso núm. 4762/1991), 18 de noviembre de 1996 (recurso de apelación núm. 10999/1991), 25 de enero de 1997 (recurso de casación núm. 2471/1994), 26 de abril de 1997 (recurso de apelación núm. 7888/1992) y 5 de noviembre de 1997 (recurso de casación núm. 2807/1993).

<sup>8</sup> STS de 19 de junio de 1998 (recurso de casación núm. 1985/1994).

En el segundo supuesto el interno ya había intentado suicidarse dos días antes, y aunque se le había sometido a observación, se le permitió que se marchara solo a su celda por un dolor de cabeza. Apreciando nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento, se consideró que la Administración, como consecuencia del incumplimiento de su deber de vigilancia, había actuado de manera negligente al no haber evitado que el interno dispusiese de una cuchilla de afeitar de una maquinilla desechable para causarse la muerte o autolesionarse<sup>9</sup>. Lo que en realidad se considera es que vigilar intensivamente solo a los internos que muestran un riesgo especialmente alto de suicidio, para asegurarse de que no tienen objetos peligrosos a su alcance, comporta un «gasto de previsión» (V) que resulta menos costoso que el «daño previsto» (S), teniendo en cuenta la «probabilidad» de que este ocurra (q). En este caso lo prudente es considerar que la Administración ha actuado de manera negligente. En consecuencia, al cumplirse la condición  $V < S \times q$ , la resolución del tribunal es la más eficiente para el supuesto enjuiciado. Se considera que se ha actuado de manera negligente al no haber alcanzado el punto crítico del gasto de prevención o previsión óptimo.

En todo caso, para determinar con mayor precisión si una conducta es negligente, deberán ponderarse los tres factores de la condición sugerida a modo de «fórmula», al no ser ninguno de ellos concluyente por sí mismo. Además, la circunstancia de que no se utilice medida alguna para prevenir un daño no constituye por sí mismo una negligencia, si dicha medida es muy costosa o reduce de forma insignificante la probabilidad del accidente. En todo caso, la condición apuntada a modo de «fórmula» para verificar si un comportamiento ha sido negligente representa, en unos términos abstractos y generales, la realidad jurídica. No circunscribe su ámbito de aplicación a cuestiones únicamente del derecho de daños, sino que tiene potencial de ser aplicada y dar cuenta en cualquier otra cuestión donde se cuestione si una persona ha actuado de manera diligente (Doménech Pascual, 2019, p. 8).

## 2.2. La responsabilidad objetiva

La aparición de nuevos riesgos en entornos cada vez más tecnológicos e industriales pone en evidencia la regla de la responsabilidad por culpa, por no resultar la más eficaz para analizar conductas lícitas pero peligrosas (Papayannis, 2012, p. 701). Actividades beneficiosas para el desarrollo de la sociedad, al mismo tiempo son generadoras de riesgos –centrales nucleares, petroquímicas–, por lo que su ejercicio debe someterse al control preciso para reducir el riesgo a lo mínimo indispensable, para de esta manera ser aceptable (Santos Briz, 1993, p. 555). Por todo ello, frente a la regla de la responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia surgió la regla de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual, dicho de manera resumida y en apretada síntesis, quien causa un daño es el responsable con independencia de que haya tenido o no la culpa en su producción, al haber realizado una actividad apta para producir un riesgo (Reglero Campos, 2003, p. 220).

<sup>9</sup> STS de 30 de mayo de 2006 (recurso núm. 211/2005).



En un primer momento la fórmula de encaje entre los criterios objetivos y subjetivos consistió en considerar que cumplir con la normativa no es prueba suficiente para la exención de responsabilidad por culpa. En este sentido puede traerse a colación un supuesto en el que las chispas desprendidas por una locomotora provocaron un incendio<sup>10</sup>. El Tribunal Supremo consideró que producido un accidente o siniestro las compañías de ferrocarriles «no pueden excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligados». Cuando las medidas adoptadas para prevenir y evitar los daños –previsibles y evitables– no han ofrecido resultado positivo, queda acreditada la imperfección de las medidas adoptadas, así como la negligencia en la adopción de las medidas, dando lugar a unos daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia. Otro supuesto en el mismo sentido lo encontramos en un caso de combustión de una película virgen, almacenada en unos laboratorios cinematográficos, que produjo una explosión seguida de un incendio<sup>11</sup>. No se conocían con exactitud las causas del incendio ni se había detectado culpa en la conducta de la demandada. No obstante, el Tribunal Supremo, sin apartarse de los principios de la teoría de la culpa, consideró que un incendio en un almacén de películas de cuya composición forma parte la nitrocelulosa es siempre un caso previsible, por lo que se requiere una especial diligencia en la adecuación de las instalaciones, no siendo suficiente el cumplimiento de las medidas estandarizadas, sino que también han de agotarse o apurar las medidas de todo tipo necesarias para prevenir o evitar el daño y sus ulteriores consecuencias (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 118-119).

Un paso más de esta tendencia hacia la responsabilidad objetiva lo encontramos con el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, en el que se dispensa al perjudicado del esfuerzo probatorio, obligando al causante del accidente a demostrar que no ha concurrido una causa de exoneración en la que pueda ampararse<sup>12</sup>. La inversión de la carga de la prueba pasa de ser una presunción judicial a comportarse como una auténtica presunción legal. La mera producción del accidente justificaría una suerte de presunción *iuris et de iure* o ficción de negligencia, no siendo precisa ninguna circunstancia fáctica en que apoyarse (Díez-Picazo y Ponce de León, 2011, pp. 127-128).

Ante la ausencia de «nuevas» reglas que posibiliten encajar los criterios subjetivo y objetivo, en la práctica la responsabilidad objetiva ha funcionado más desde un punto de vista argumentativo o retórico que como opción decidida para fundamentar la responsabilidad civil (Díez-Picazo y Ponce de León, 2011, pp. 129-130). Aparte de una retórica no siempre predecible del criterio objetivo, y la necesidad de que sea el demandado quien tenga que probar que se comportó con los estándares de diligencia que eran exigibles, es rara la sen-

<sup>10</sup> STS de 29 de junio de 1932 (MP Miguel Hernández).

<sup>11</sup> STS de 30 de junio de 1959.

<sup>12</sup> STS de 10 de julio de 1943 (RJ 1943\856). Atropello de ciclista: Obligación del conductor infractor de moderar la marcha en las proximidades de curvas y en los cruces de caminos con visibilidad nula.

tencia que resuelve con independencia de la culpa. A veces, pudiendo resolver con arreglo a criterios objetivos, al amparo de una argumentación a la sombra del criterio de la culpa, se acaba condenando por negligencia<sup>13</sup>. Otras veces parece que, aceptando, al menos en línea de principio, que el criterio objetivo es el fundamento de la responsabilidad civil, sin embargo, termina afirmando que se ha incurrido en el ámbito de la culpa o negligencia<sup>14</sup>. Y, en ocasiones, en la aplicación de algunas normas de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia no ha llegado a emanciparla de las reglas generales de la responsabilidad por culpa, como puede ser en casos de infección hospitalaria<sup>15</sup> o defecto de un dispositivo intrauterino<sup>16</sup>.

Iniciado el siglo XXI apreciamos una línea jurisprudencial que, asentando una jurisprudencia que respete con mayor rigor el principio general de responsabilidad por culpa, ambiciona clarificar los criterios de aplicación de la responsabilidad objetiva. A modo de ejemplo, en un supuesto de una caída a la salida de un supermercado, no pudiendo considerarse que regentar un negocio abierto al público pueda ser considerado una actividad creadora de riesgo, y aunque así fuera, «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad civil con fundamento en el artículo 1902 del Código civil (SSTS 11 de septiembre de 2006<sup>17</sup> y 22 de febrero de 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»<sup>18</sup>.

### 2.3. La conducta diligente

Si el derecho se concibiera como un sistema de regulación de la conducta humana racional, se posibilitaría un mejor encaje entre la negligencia y la responsabilidad objetiva.

Las conductas potencialmente peligrosas se incentivarían con el criterio de la negligencia, al poder eludir el causante la indemnización por los daños causados sin culpa, por lo que si se pretende disminuir las conductas potencialmente peligrosas resulta más eficiente el criterio de responsabilidad objetiva, al establecer la obligación de indemnizar los daños que se causen, con independencia de que la conducta haya sido diligente (Salvador Corderch y Ramos González, 2008, p. 77).

<sup>13</sup> SSTS de 7 de abril de 1997 (recurso de casación núm. 1184/1993) y 16 de diciembre de 2008 (recurso de casación núm. 1683/2002).

<sup>14</sup> STS de 20 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 5400/2000).

<sup>15</sup> STS de 5 de enero de 2007 (recurso núm. 161/2000).

<sup>16</sup> STS de 24 de septiembre de 1999 (NCJ046124).

<sup>17</sup> (NCJ047490)

<sup>18</sup> STS de 30 de mayo de 2007 (recurso de casación núm. 80/2000).

A modo de ejemplo, si admitimos que los accidentes de tráfico no pueden evitarse por mucho que la conducta humana sea diligente, y que el conductor que conduce mucho a la larga causa más accidentes –daños accidentales–, resultará más eficaz un criterio de responsabilidad que no dependa el nivel de diligencia que se adopte.

El criterio de la responsabilidad objetiva al evitar un volumen excesivo de conductas potencialmente peligrosas (Hylton, 2014, pp. 35 y ss.) posibilitaría una función preventiva (Pantaleón Prieto, 2000, p. 171)<sup>19</sup>, así como una función decisoria, al poder establecer el nivel de actividad que se está dispuesto a desarrollar, pues con independencia de cómo haya sido la conducta humana, deben asumirse los daños causados por la actividad de peligro o de riesgo (Schäfer y Ott, 1991, pp. 119 a 123).

Si bien la posibilidad de controlar de manera eficiente el volumen de actividades peligrosas podría hacernos pensar que la responsabilidad objetiva es preferible a la responsabilidad por culpa, resulta que en las actividades que no sean de peligro será bastante el criterio de la responsabilidad por culpa, por lo que no tendrá sentido limitar el nivel de actividad. Carecerá de sentido, como en ocasiones se ha pronunciado la jurisprudencia, la elevación del canon de la diligencia exigible hasta llegar a «agotarlo», por resultar en la práctica de imposible cumplimiento<sup>20</sup>.

### 3. La responsabilidad por el hecho de otro

Mediante la responsabilidad por hecho de otro o responsabilidad vicaria, el principal responde por los daños causados por conductas negligentes de un tercero, con el que está vinculado por una relación de agencia, dependencia u otras análogas (Salvador Coderch *et al.*, 2002, pp. 5-11; Gómez Pomar, 2004, pp. 2 y ss.).

Se presume que el principal ha participado en el daño causado a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Por ello no existe en realidad responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabi-

<sup>19</sup> Si bien no niega que la responsabilidad extracontractual pueda cumplir de manera indirecta una finalidad preventiva, sí rechaza, en cambio, que esa finalidad preventiva pueda ser considerada como una función «normativa» de la responsabilidad aquiliana, pues, en su opinión, la única función «normativa» de esta en el derecho español es la compensatoria o resarcitoria.

<sup>20</sup> SSTs de 28 de abril de 1997 (recurso de casación núm. 1662/1993), caída por la escalera de cliente de hotel; 30 de marzo de 2006 (Sentencia núm. 304/2006), caída por escalón de cliente de restaurante que debía conocerlo; 6 de febrero de 2003 (recurso de casación núm. 1375/1997), caída en la escalera de un centro comercial; 7 de mayo de 2001 (recurso de casación núm. 1186/1996), caída sin prueba de la culpa o negligencia de los demandados; 22 de febrero de 2007 (sentencia núm. 149/2007), caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia, y de 30 de mayo de 2007 (recurso de casación núm. 80/2000), caída a la salida de un supermercado.

lidad por hecho propio. La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche, sino una garantía legal en favor de las víctimas. Que el principal ha causado el daño no deja de ser una ficción. Se da por cierto algo que no se ajusta a la realidad, pero sin ofrecer razón alguna por la cual hay que fingir algo que evidentemente no ha ocurrido (Keren-Paz, 2016, p. 125).

A continuación, analizaremos los supuestos de responsabilidad de los empresarios y de los padres o tutores para detectar posibles ineficiencias.

### 3.1. La responsabilidad de los empresarios

Al amparo de lo establecido en el artículo 1903.4 del CC, la jurisprudencia ha venido estableciendo la responsabilidad de los empresarios –persona física o jurídica– ante terceros lesionados por los actos de sus asalariados por dos motivos<sup>21</sup>: *culpa in eligendo*, cuando el empresario contrata al asalariado él es el responsable de sus acciones<sup>22</sup>, y *culpa in vigilando* o *in controlando*, cuando el empresario debe controlar y supervisar la actividad de sus asalariados<sup>23</sup>. En esencia, el empresario es responsable ante la víctima por un funcionamiento deficiente de la empresa o *culpa in operando*<sup>24</sup>. No obstante, quedará exento de responsabilidad por culpa el principal cuando no asuma el deber de vigilancia, al no haberse reservado participación o dirección en los trabajos ejecutados por un tercero<sup>25</sup>.

Con arreglo a lo indicado, los empresarios son directamente responsables ante las víctimas por su propia negligencia en el control o la elección de sus asalariados<sup>26</sup>, sin perjuicio de la negligencia requerida en la conducta del causante del daño –asalariado–<sup>27</sup>, pudiendo ejercer la acción de repetición<sup>28</sup> contra el asalariado tras haber compensado a la víctima<sup>29</sup>. Aunque es discutible (Gómez Calle, 2006, pp. 516-517) si el empresario es estrictamente responsable<sup>30</sup>, encontramos resoluciones que apuntan que no lo es, al considerar que la conducta del causante del daño también debería haber sido negligente<sup>31</sup>.

<sup>21</sup> STS de 29 de febrero de 1996 (recurso núm. 2422/1992).

<sup>22</sup> STS de 18 de julio de 2005 (recurso de casación núm. 1137/1999).

<sup>23</sup> STS de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4815).

<sup>24</sup> STS de 3 de abril de 2006 (NCJ049635).

<sup>25</sup> STS de 29 de septiembre de 2000 (ROJ: STS 6909:2000)

<sup>26</sup> STS de 6 de octubre de 1994 (recurso núm. 2842/1992).

<sup>27</sup> STS de 25 de octubre de 1996 (recurso núm. 579/1995).

<sup>28</sup> Artículo 1904.1 del CC.

<sup>29</sup> STS de 26 de octubre de 2002 (NCJ040354).

<sup>30</sup> SSTS de 17 de octubre de 2001 (NCJ039073) y 9 de octubre de 2000 (recurso de casación núm. 2802/1995).

<sup>31</sup> SSTS de 26 de junio de 2006 (NCJ047046) y 14 de diciembre de 2005 (RJ 2005\62).

Los principales requisitos para considerar que existe responsabilidad por parte del empresario son, según la jurisprudencia<sup>32</sup>: a) la existencia de una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada<sup>33</sup>, como puede ser a través de un contrato laboral<sup>34</sup>; b) el daño debería haberse producido dentro de las horas de trabajo y como resultado del trabajo realizado<sup>35</sup>, y c) la conducta del dependiente tiene que haber sido negligente<sup>36</sup>.

En todo caso, si bien la responsabilidad del empresario, basada tradicionalmente en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, opera cuando un sujeto no observa la diligencia debida y causa un daño a otro, con el paso del tiempo ha experimentado un proceso evolutivo que ha desembocado en una cuasiobjetivación de la responsabilidad, para algunos, o mejor dicho, en una clara y decisiva objetivación de la misma, basada en la llamada teoría del riesgo (Sánchez Hernández, 2008).

El tránsito de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo sin culpa ha comportado que el tradicional binomio patrón-empleado no representa en la actualidad el modelo de imputación de responsabilidad del empresario. La multitud de sujetos que intervienen en la cadena empresarial ha dificultado en gran medida la individualización del sujeto que debe responder del daño causado a un tercero como consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial. Parece que la inadecuación de la culpa como criterio tradicional de imputación subjetiva de responsabilidad es lo que subyace a la jurisprudencia objetivadora, que debería ser el punto de arranque de una evolución legislativa hacia una nueva configuración de la responsabilidad del empresario por los hechos dañosos de sus dependientes.

Tal vez lo más eficiente consistiría en que el empresario respondiera objetivamente de los riesgos típicos de su actividad y, entre ellos, como un riesgo más de su empresa, de los daños culposamente causados por sus empleados en el desempeño de sus tareas. El empresario ajeno a la producción del daño, y con independencia de su culpa en la elección, vigilancia y control del dependiente, debería responder de manera objetiva de los daños de los que aquel en el que haya diferido el ejercicio de sus cometidos empresariales sea subjetivamente responsable. La responsabilidad del empresario tendría que modelarse como una responsabilidad vicaria en la que la culpa del dependiente fuera requisito *sine qua non* –el empresario solo podría exonerarse por la inexistencia de culpa de su empleado–, per-

<sup>32</sup> STS de 20 de diciembre de 1996 (recurso núm. 917/1993).

<sup>33</sup> STS de 21 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 4907/1999).

<sup>34</sup> STS de 29 octubre 2002 (NCJ040342); normalmente existiendo relación laboral se presume, o mejor dicho, no se cuestiona la existencia de relación de dependencia.

<sup>35</sup> SSTS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828) y 18 de mayo de 2006 (Sentencia núm. 520/2006) y STSJ de Navarra de 28 de abril de 2003 (recurso de casación núm. 5/2003).

<sup>36</sup> SSTS de 13 de octubre de 1995 (recurso núm. 985/1992) y 30 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5918).

mitiéndosele recuperar lo pagado repitiendo contra el dependiente, por ser deudor principal (Beluche Rincón, 2011, pp. 387-388).

## 3.2. La responsabilidad de los padres o tutores

Para la responsabilidad civil de los padres o tutores por los daños ocasionados por sus hijos menores, atendiendo a la edad y al carácter civil o penal del acto que causa el daño, deberemos acudir a la normativa civil o a la normativa penal. En el ámbito penal<sup>37</sup> se establece un orden de responsables solidarios, que comienza con los padres, sin tener en cuenta si viven juntos o separados, permitiendo la moderación de la responsabilidad, cuando no se haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia. En el ámbito civil<sup>38</sup>, en cambio, se atribuye la responsabilidad por los actos de sus hijos a los padres bajo cuya guarda se encuentren<sup>39</sup>, exonerando a los padres de responder cuando prueben que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, convirtiéndose *de facto* en una suerte de *probatio diabolica* o presunción de negligencia para los padres, que si bien facilita que la víctima sea compensada<sup>40</sup>, inserta un matiz objetivo en la responsabilidad de los padres que en la práctica pasan a responder con arreglo a criterios de riesgo<sup>41</sup>, sobre la base de dos principios: *culpa in vigilando* y *culpa in educando*<sup>42</sup>.

En la jurisprudencia encontramos abundantes supuestos de presunción de negligencia de los padres, a los que se les acaba atribuyendo la responsabilidad: menor que causó daños por la explosión de petardos en discoteca durante las fiestas del pueblo<sup>43</sup>; menor que agrede sexualmente a otro tras haber solicitado ayuda a las instituciones públicas<sup>44</sup>; omisión del deber de vigilancia al fallecer ahogado un menor<sup>45</sup>; menor que causa daños con una raqueta en la mandíbula de otro menor<sup>46</sup>; menor que causa lesiones irreversibles en el ojo a otra menor al propinarle un balonazo en la cara<sup>47</sup>; caída de máquina expendedora

<sup>37</sup> La Ley orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM) se aplica para el caso de que un menor de entre 14 y 18 años realice un acto que se tipifique como delito en el Código Penal (CP) o las leyes penales especiales, y ese acto haya causado un daño. Véanse artículos 61.3 de la LORPM y 120 del CP.

<sup>38</sup> Véase artículo 1903 del CC.

<sup>39</sup> STS de 19 de octubre de 1983 (JUR 1983\5333).

<sup>40</sup> STS de 29 de diciembre de 1962 (RJ 1962\5141).

<sup>41</sup> STS de 17 de junio de 1980 (ROJ: STS 4782/1980).

<sup>42</sup> STS de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979\919).

<sup>43</sup> STS de 23 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 1697/2005).

<sup>44</sup> STS de 10 de noviembre de 2006 (NCJ042658).

<sup>45</sup> STS de 6 de septiembre de 2005 (NCJ044815).

<sup>46</sup> SAP de Málaga de 27 de octubre de 2003 (recurso de apelación núm. 1036/2001).

<sup>47</sup> STS de 8 de marzo de 2002 (NCJ039752).

de golosinas cuando el menor se colgó del tirador<sup>48</sup>; culpa exclusiva de menor y personas encargadas de su vigilancia por las lesiones que sufre al cruzar un paso a nivel sin barreras<sup>49</sup>; menor que causa una muerte con una escopeta de balines, a pesar de acreditar que le tenían prohibido su uso<sup>50</sup>; menor que conduce el coche de sus padres y al chocar con un árbol provoca la muerte de su novia que le acompañaba, a pesar de acreditar que le tenían prohibido coger el coche y las llaves estaban escondidas, siendo condenados al considerar que las llaves podían haberse escondido mejor<sup>51</sup>; entre otras.

Mientras los hijos no sean mayores de edad o se emancipen los padres son responsables de sus actos, con independencia de si son conscientes<sup>52</sup> o no<sup>53</sup> de las actividades de sus hijos, o haya mediado prohibición expresa<sup>54</sup>. En consecuencia, con arreglo al principio *culpa in vigilando*, los padres siempre deben controlar<sup>55</sup> las actividades normales de sus hijos menores mientras están bajo su custodia<sup>56</sup>, y aunque no estén con el menor en el momento de la producción del daño –niño jugando solo en un parque y daña a otro niño–, pues en todo caso deben ocuparse del menor y no dejarlo solo<sup>57</sup>. En caso de que sean considerados responsables varios menores, sus respectivos padres son solidariamente responsables<sup>58</sup>. La *culpa en vigilando* cesa cuando el menor es puesto bajo la custodia de alguien, por ejemplo, la escuela, pero se reanuda cuando los padres lo recogen<sup>59</sup>. La *culpa in educando* tiene un mayor alcance, pues si el menor ha cometido un daño, sus padres responden por su falta de educación, al ser la educación una responsabilidad de los padres<sup>60</sup>. La *culpa in educando* de los padres, a diferencia de la *culpa in vigilando*, igualmente se aprecia aun cuando no estén con el menor en el momento de la producción del daño<sup>61</sup>.

<sup>48</sup> STS de 21 de octubre de 2002 (NCJ039917).

<sup>49</sup> STS de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación núm. 1226/1997).

<sup>50</sup> STS de 12 de mayo de 1999 (NCJ046201).

<sup>51</sup> STS de 22 de septiembre de 1992 (ROJ: STS 18444/1992).

<sup>52</sup> SAP de Albacete de 24 de julio de 2004 (JUR 2004\243409).

<sup>53</sup> STS de 12 de mayo de 1999 (NCJ046201).

<sup>54</sup> STS de 14 de abril de 1977 (RJ 1977\1654).

<sup>55</sup> SSTS de 4 de mayo de 1984 (RJ 1984\2396) y 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4332).

<sup>56</sup> STS de 22 de septiembre de 1984 (ROJ: STS 174/1984).

<sup>57</sup> STS de 11 de marzo de 2000 (NCJ048429).

<sup>58</sup> STS de 8 de marzo de 2006 (NCJ047589).

<sup>59</sup> SSTS de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8975), 3 de diciembre de 1991 (recurso núm. 2531/1989) y 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8538).

<sup>60</sup> SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2006 (AC 2006\1632).

<sup>61</sup> SSAP de Navarra de 12 de noviembre 2004 (recurso de apelación núm. 177/2004) y de La Coruña de 2 de febrero de 1998 (rollo de apelación núm. 2205/1997).

### 3.3. La ineficacia de la responsabilidad personal

Los supuestos apuntados de responsabilidad por el hecho de otro ponen en evidencia la ineficiencia de la responsabilidad personal, no siendo capaces las teorías tradicionales de ofrecer una explicación de las razones por las cuales en la práctica se produce una mutación de la responsabilidad. Cada vez son menos residuales en las sociedades más complejas, en las que se interactúa para la consecución de intereses diferentes o contrapuestos. Lo eficiente sería imputar los daños con arreglo a la titularidad de actividades o relaciones, y no mediante criterios más o menos estrictos de causalidad o evitabilidad (Doménech Pascual, 2019, p. 13).

Lo que en la práctica realmente justifica que en determinados supuestos se prefiera la regla de la responsabilidad por el hecho de otro en lugar de la responsabilidad personal es, en esencia, la mayor solvencia y capacidad de afrontar los costes, la aversión al riesgo, la capacidad para controlar conductas, los incentivos para adoptar medidas de precaución en ausencia de responsabilidad personal, o la contratación de un seguro de responsabilidad por quien está en mejor condición de hacerlo (Salvador Coderch *et al.*, 2002, pp. 6 y ss.; Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, pp. 4-5).

En las sociedades económicamente avanzadas y de servicios los casos de responsabilidad por el hecho de otro son probablemente más numerosos y de mayor cuantía que los de responsabilidad por hecho propio, por lo que lo eficiente sería que las doctrinas tradicionales, en lugar de limitarse a exonerar de culpa al causante del daño, se atreviesen a reconocer la inviabilidad –en la mayor parte de casos– de la responsabilidad personal.

## 4. La relación de causalidad

La importancia que en la práctica se atribuye al requisito de la causalidad contrasta con el desconcierto existente acerca de los criterios de imputación, en virtud de los cuales hay que determinar si en un caso concreto dicha causalidad concurre o no (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 331-334; Reglero Campos, 2006, pp. 215-220 y 231-233). Si bien acostumbra a considerarse la causalidad como el criterio de imputación de daños más importante –si no el único–, no es menos cierto que la causalidad, entendida como causalidad de hecho, es solo uno de los muchos criterios utilizados para imputar responsabilidad por daños (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 1).

No obstante, esa concepción tradicional en virtud del cual una persona causa un daño cuando su actuación forma parte de la cadena de acontecimientos que dan como resultado fáctico ese daño, no es capaz de explicar la función que en la práctica desempeña realmente el nexo causal. En primer lugar, porque la causalidad de hecho no siempre es necesaria para que surja la responsabilidad. En este sentido pueden citarse supuestos de



responsabilidad por el hecho de un tercero, responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, responsabilidad por omisión, responsabilidad presunta o responsabilidad de las personas que forman parte de un grupo por los daños causados por un miembro indeterminado del mismo (García Amado, 2015). En segundo lugar, la existencia de la causalidad de hecho tampoco es un requisito suficiente para que se desencadene la responsabilidad. En ocasiones, las personas que han causado un daño en ese sentido fáctico, incluso mediando negligencia, no son consideradas causantes del mismo a los efectos de tener que resarcirlo. Ese criterio fáctico, en la práctica, resulta modulado o, más bien, sustituido por otros de índole jurídica, como pueden ser, entre otros, los criterios de imputación objetiva, causa eficiente, causa adecuada, causa próxima o causa hipotética (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 4-10).

El paradigma de imputación de daños a quienes no los habían causado es el caso del envenenamiento por aceite de colza, por lo que la mayor condena del siglo XX se decidió al margen de la relación de causalidad (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 2). Si bien en un primer momento el Tribunal Supremo condenó criminal y civilmente a los imputados, aunque la razón del desencadenamiento de la enfermedad nunca fue aclarada<sup>62</sup>, años más tarde imputó *in extremis* a un funcionario de Aduanas y, subsidiariamente, al Estado<sup>63</sup>.

Ante las dificultades de la concepción tradicional para establecer si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haber causado un resultado dañoso, según la jurisprudencia para distinguir entre causalidad –«causalidad material»– e imputación objetiva –«causalidad jurídica»–, «no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica»<sup>64</sup>.

Si bien la conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si lo había previsto, el problema surge a la hora de establecer y determinar qué grado de conocimientos precisa una persona para pronosticar que sí se va a producir un resultado (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, p. 8). Esto nos hace sospechar que la relación de causa a efecto entre una acción y un daño, por sí misma, no juega un papel determinante en la imputación de responsabilidad civil. Además, en una sociedad donde la información es por lo general imperfecta, resulta más eficiente que solo se impute un resultado dañoso a una conducta cuando la realización de esta incrementa *ex ante* la probabilidad de que el

<sup>62</sup> STS de 23 abril de 1992 (recurso núm. 3654/1990).

<sup>63</sup> STS de 26 de septiembre de 1997 (recurso de casación núm. 2569/1996).

<sup>64</sup> STS de 30 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 737/2008), y en análogo sentido, SSTS de 24 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 1948/1998), 11 de junio de 2008 (recurso de casación núm. 458/2001), 9 de octubre de 2008 (NCJ047749), 5 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 224/2004), 6 de abril de 2009 (NCJ052700) y 15 de julio de 2010 (NCJ053635).

daño se produzca. Lo decisivo ya no es haber causado un daño, sino haber creado cierto riesgo para que este se produjera (Doménech Pascual, 2005, p. 69).

El establecimiento de un ámbito de responsabilidad civil debería constituirse ponderando los costes y los beneficios de suprimir o incluir un daño en el citado ámbito de responsabilidad. La supresión de un determinado tipo de daño del ámbito de la responsabilidad civil posibilitaría la realización de actividades socialmente deseables, si bien comportaría la eliminación de los incentivos para prevenir los daños excluidos. Y, por el contrario, la inclusión de un daño en la esfera de la responsabilidad civil resultará eficiente si posibilita la adopción de precauciones que permitan la reducción del riesgo de que el daño se produzca, si bien podría desincentivar la realización de actividades socialmente beneficiosas (Salvador Coderch y Fernández Crende, 2006, pp. 18-20; Doménech Pascual, 2019, pp.16-17).

Si pudiera establecerse con precisión el estándar de diligencia óptimo y exigible, y el requisito de la causalidad carecería de trascendencia, en esta hipótesis, en un sistema de responsabilidad por culpa, los potenciales causantes actuarían diligentemente y nunca responderían. En cambio, si ponderamos la responsabilidad por culpa con el requisito de la relación de causalidad, en un sistema de responsabilidad por culpa sin causalidad, si la conducta no fuese diligente, se respondería por todos los daños, incluso los que se hubiesen podido evitar de haber adoptado una conducta diligente. En cambio, en un sistema de responsabilidad por culpa con causalidad, solo se responderá por los daños que se hubieran podido evitar de haber actuado diligentemente, y no por los daños que no se han podido evitar a pesar de haber actuado de manera diligente (Doménech Pascual, 2019, p.17).

En un planteamiento más próximo a la realidad en el que la información es imperfecta, y no se sabe con certeza cuál es el estándar de diligencia óptimo y exigible, las cosas son diferentes (Schäfer y Ott, 1991, p. 239). En este contexto la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa sin causalidad nos llevaría a comportamientos excesivamente diligentes –nivel de precaución excesivo–, que si bien no comportan grandes costes tampoco suponen ningún beneficio. Se tenderá a aumentar la diligencia hasta el punto en que se considere que el coste de la mayor diligencia iguala al beneficio derivado de reducir el riesgo y la responsabilidad civil por cualquier daño. En el caso de que un comportamiento no alcanzase la diligencia óptima y exigible, se responderá por todos los daños, con independencia que se hubiesen podido evitar o igualmente se hubieran producido a pesar de haber adoptado la precaución exigible. Por este motivo, de aplicarse la regla de responsabilidad sin causalidad, el potencial causante tratará de evitar sobre todo conductas que considere que no alcanzan la diligencia óptima y exigible, para lo cual tenderá a tomar medidas de precaución demasiado costosas e ineficientes (Doménech Pascual, 2019, pp.17-18).

En cambio, la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad distorsiona en menor medida los incentivos de los potenciales causantes para que adopten la diligencia óptima y exigible. En el supuesto de que la conducta no alcance la diligencia óptima y exigible solo se responsabiliza al demandado de los daños que hubiera podido evitar adoptando el es-

tándar de diligencia exigible. La asimetría entre los errores por defecto y por exceso, en la adopción de la diligencia óptima y exigible, se elimina o al menos se reduce de manera considerable. Manteniéndose constantes el resto de las variables, ambos tipos de errores tienen el mismo coste, por lo que los potenciales causantes no tienen incentivos para tomar de manera sistemática precauciones demasiado costosas e ineficientes con el fin de evitar, sobre todo, los errores por defecto –no alcanzar la diligencia óptima y exigible–. Si la diligencia adoptada es inferior a la considerada óptima y exigible, no se responderá por todos los daños, solo se responderá de los daños que se produzcan en la franja delimitada entre la diligencia óptima y la diligencia adoptada. Cabe entender que en esta franja el coste esperado de la eventual responsabilidad es muy próximo al coste que comporta la elevación de la diligencia por encima de la adoptada –elevación hasta la óptima y exigible– (Doménech Pascual, 2019, p.18).

Para que en la práctica la imputación de un daño resulte eficiente conviene distinguir entre causalidad y negligencia, pues un concepto no implica el otro. El significado y el cometido de la relación de causalidad tiene una mejor comprensión desde el marco de las conductas socialmente deseables que desde las teorías y categorías empleadas usualmente en el discurso del derecho de daños. Desde la perspectiva de lo que realmente ocurre en la sociedad encontramos argumentos para considerar que la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad resulta más eficiente que la de la responsabilidad por culpa sin causalidad.

## 5. La relación jurídica de las partes

Las teorías tradicionales consideran que la responsabilidad civil es un fenómeno bilateral en el que las posiciones del demandante y demandado están mutuamente condicionadas (Weinrib, 2017, pp. 22-23). En una sola operación y de manera simultánea se ha de determinar por qué el Derecho debe imponer una carga sobre el demandado y proporcionar un beneficio al demandante, no resultado posible centrarse solo en una de las partes (Keren-Paz, 2016, p. 123). Este enfoque bilateral permite, por un lado, definir las conductas que pueden realizarse sin estar sujetas a responsabilidad alguna, o lo que es lo mismo, qué perjuicios deben tolerarse por las acciones de terceros (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 42-43; Salvador Coderch y Ruiz García, 2001, pp. 2 y ss.). Por otro lado, establece la obligación de ser indemnizado y el derecho a ser compensado para el caso de que alguien, excediendo su propia esfera de libertad, interfiera con la libertad ajena (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 56-63). En definitiva, se regulan los límites de la libertad de acción, a fin de lograr un equilibrio sensato con la seguridad personal, estableciéndose de manera simultánea un deber de no dañar, y un correlativo derecho a no ser dañado. La regla de responsabilidad subjetiva, por ejemplo, consagra un deber de no dañar a terceros, y un derecho a no ser dañado, mediante actos negligentes. La regla de responsabilidad objetiva hace lo propio con las conductas que aun estando permitidas superan el umbral de riesgo convencionalmente estipulado. El establecimiento de los términos que la sociedad consi-

dera equitativos para regular las interacciones privadas de los particulares son derechos y deberes primarios. En cambio, la obligación de indemnizar y el derecho a ser compensado son derechos y deberes secundarios, que solo nacen una vez que los derechos y deberes primarios son vulnerados (Papayannis, 2018, pp. 125-139).

Los derechos y deberes primarios y secundarios son correlativos en los sistemas bilaterales. En este sentido, un juicio concreto sobre el contenido de los derechos o deberes de un individuo siempre hace referencia a los deberes o derechos de otro. Cuando se afirma que una «potencial víctima» tiene derecho a no ser dañada por un «potencial agente dañador», se está afirmando a la vez que el «potencial agente dañador» tiene el deber de no dañar a la «potencial víctima». Las condiciones de verdad de ambas proposiciones son idénticas. Y lo mismo se mantiene para los derechos y deberes secundarios. El derecho de la «potencial víctima» a ser compensado no tiene un contenido distinto del deber del «potencial agente dañador» de indemnizarlo. En definitiva, la razón por la cual el agente dañador debe compensar a la víctima es la misma razón por la cual tenía el deber de no dañarla en primer lugar (Papayannis, 2018, p. 136).

Si bien los enfoques bilaterales en materia de reparación de daños detallan qué conductas pueden ser realizadas sin responsabilidad y qué grado de interferencia de terceros debe ser tolerado, desde un punto de vista menos dogmático y más pragmático y real esta afirmación es un tanto engañosa, pues no existen acciones libres de responsabilidad. Siempre hay algún responsable. A modo de ejemplo, supongamos que se produce un daño y que la conducta del causante ha sido diligente. Si aplicamos la regla de responsabilidad por culpa la víctima, no podrá solicitar una reparación, por lo que de alguna manera es «responsable» de su propio perjuicio. Desde esta perspectiva, la visión tradicional del derecho de daños no resulta acertada, ya que la responsabilidad puede recaer incluso sobre quién no realiza acción. Cuando a una persona que no realiza acción alguna –por ejemplo, persona durmiendo– se le causa un daño por una conducta permitida al causante, la persona que no realiza acción alguna –víctima– sería responsable de la pérdida que sufre –no se la puede trasladar a otro–, pues desde la perspectiva del enfoque bilateral y correlativo tradicional debe tolerar el perjuicio (Papayannis, 2012, pp. 703-706).

Un ordenamiento jurídico estructurado sobre la base de daños de naturaleza recíproca comportará que solo se contemplen actividades incompatibles y decisiones respecto de quién debe cargar con las pérdidas (Coase, 1960, p. 2). Con arreglo a la regla de responsabilidad objetiva, el causante del daño será responsable del daño, a no ser que la víctima haya omitido su deber de diligencia. Con arreglo a la regla de responsabilidad por culpa, por el contrario, la víctima será responsable del daño, a no ser que el causante del daño haya realizado una acción incorrecta. Ambas reglas son el reflejo una de la otra. La responsabilidad objetiva es responsabilidad objetiva del causante del daño, y la responsabilidad por culpa es responsabilidad objetiva de la víctima, ambas combatibles por la conducta negligente de la otra parte. Este análisis muestra que no hay acciones sin responsabilidad, solo juicios sobre quién es el responsable de los daños en cada caso. Por

ello, no resulta conveniente analizar la responsabilidad civil en términos de una supuesta función delimitadora que especifique lo que se puede hacer –sin responsabilidad de ninguna clase– y lo que no. Resulta mucho más ventajoso examinar la responsabilidad civil desde el punto de vista de los incentivos –que miran al futuro– para que las pretensiones recíprocas de las partes puedan llegar a generar resultados eficientes. Lo relevante cada vez que se produce un accidente es poder determinar quién está en mejores condiciones para reducir el tipo de riesgo que causó el tipo de pérdida cuya reparación se pretende (Papayannis, 2018, pp. 128 y ss.).

Además, en ocasiones la víctima y el causante del daño no se encuentran en una relación jurídica estrictamente bilateral y correlativa, como sucede cuando se involucran en la relación otras personas, como puede ser en los supuestos de intervención de compañías aseguradoras o en los casos de responsabilidad por hecho ajeno. Las teorías tradicionales no solo no explican las excepciones que puedan producirse en el enfoque bilateral y correlativo del derecho de daños, sino que en ocasiones tampoco son capaces de explicar a la perfección el citado enfoque. Para que tanto los potenciales causantes como las posibles víctimas adopten un nivel óptimo de precaución, es necesario, por regla general, que la indemnización que los potenciales causantes han de pagar equivalga al daño sufrido por las víctimas. No obstante, en ocasiones pueden existir razones de eficiencia que justifiquen que la compensación exigible sea en determinadas circunstancias inferior o superior a la magnitud del daño sufrido por la víctima (Doménech Pascual, 2012, pp. 60-64).

## 6. Una lógica razonable en la lógica jurídica

El desequilibrio entre el mundo dogmático y abstracto de las teorías del derecho con el mundo de las decisiones y de lo practicado pone en evidencia algunas ineficiencias en algunos aspectos de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños, que aconsejan un replanteamiento del derecho privado. En este intento de establecer un «nuevo» derecho de daños deberían diseñarse fines, objetivos y principios que ayudasen a determinar de la manera más eficaz posible quién es el responsable por el accidente, y a quién debe la sociedad asignarle el coste del daño (Coleman, 2001, p. 201).

Una lógica razonable en la lógica jurídica del derecho de daños debería tener una percepción global y no parcial de los problemas que surgen, producido un accidente. En este sentido, y a modo de ejemplo, imaginemos que en una cacería un cazador causa lesiones a una persona al confundirlo con una res de caza mayor, provocándole la pérdida de un ojo. Las teorías tradicionales con enfoques bilaterales y correlativos ciñen el problema a la víctima y al cazador. Indudablemente esto es parte del problema, pero el problema no se limita a la víctima y al cazador. Si queremos además preocuparnos y tener en consideración las consecuencias económicas y sociales del daño producido, el problema es más completo. En términos de bienestar social la pérdida del ojo ya es un apartado cerrado. Ya nada ni

nadie puede reparar realmente el daño causado. Pero aún en el caso que con el importe de la indemnización se pudiera adquirir un nuevo ojo para la víctima, el cazador y su familia, al verse obligados a soportar el daño, pasarían a ser las nuevas víctimas. Al tener que asumir la indemnización por los daños producidos a la víctima, el cazador y su familia pasan a tener menos recursos para cubrir sus necesidades. El daño se haya trasladado a otro lugar, pero la sociedad seguirá sufriendo (Posner, 2007, pp. 58-59).

Las teorías tradicionales del derecho de daños no incentivan conductas para minimizar los costes sociales de los daños, se limitan el establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes para mirar de evitar la producción de daños, que en la práctica puede comportar que los cazadores se sintieran temerosos de salir a cazar, por el solo hecho de que se les pudiera responsabilizar por un hecho fortuito. Si esto fuera así, entonces habría menos cazadores, lo que a su vez implicaría menos piezas de caza mayor para alimentar a la población. Así, los accidentes en los que se pierden ojos terminarían vinculados con consecuencias no deseadas, como pueden ser el aumento en el precio de los alimentos o con la disminución de la cantidad de alimentos disponibles.

Otro ejemplo de consecuencias no deseadas podemos encontrarlo en el ámbito de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Si bien lo lógico es que el fabricante responda por los daños causados por el mal funcionamiento de un producto, podría ocurrir que si los costes de la responsabilidad no son trasladados de manera adeudada y la carga se vuelve muy onerosa para los fabricantes, los productos suban de precio o dejen de fabricarse, afectando en última instancia a los consumidores. En este sentido podemos encontrarnos que, si las exigencias de responsabilidad civil por daños sobre los fabricantes de medicamentos son excesivas, comportara una subida de los precios o una reducción de medicamentos disponibles, comportando todo ello una reducción de los niveles de salud. El riesgo de tener que afrontar cuantiosas indemnizaciones debido al establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes puede acabar afectando a los propios consumidores de bienes o servicios, al trasladarse los costes de la responsabilidad vía precios y, en consecuencia, las personas con menos recursos económicos no podrán acceder a determinados bienes o servicios.

Igualmente, otro ejemplo de consecuencias no deseadas, que pueden producirse con el establecimiento de estándares de diligencia muy exigentes, podemos encontrarlo en los casos de mala práctica profesional. Si el estándar de diligencia requerido a los médicos en su actividad cotidiana de salvar vidas fuese muy exigente, la consecuencia no deseada sería la imposibilidad de los pacientes de afrontar los elevados honorarios de los servicios médicos, debido tanto a la escasez de profesionales como a la necesidad poder abonar primas de seguros para tener cubierta la responsabilidad civil, para poder pagar las eventuales indemnizaciones «millonarias» ante el más mínimo error.

Para poder llegar a prevenir los accidentes y tener una percepción global de los problemas que surgen una vez producidos, se hace preciso una lógica razonable en la lógica

jurídica del derecho de daños. La dogmática jurídica provista de teorías jurídicas conformadas por una serie de conceptos abstractos, que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, no será capaz de resolver los problemas que se plantean en el día a día en una sociedad cada vez más compleja, que evoluciona de manera cada vez más rápida a nuevos entornos, como pueden ser los tecnológicos.

La aparición de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la antropología jurídica, la sociología jurídica o el análisis económico del derecho, agrava el desequilibrio entre lo dogmático y los problemas que se plantean a diario, aterroizando a quien ve cuestionado su «creación irreal».

Los operadores jurídicos acostumbran a usar los conceptos de «ciencia jurídica» y de «naturaleza jurídica», que reflejan una visión bastante irreal del derecho. Al considerar que el derecho es una ciencia que tiene su objeto propio, se concluye afirmando que es posible descubrir en el mismo «cosas naturales», como quien descubre una nueva especie vegetal o animal, o una nueva ley física o elemento químico. Entonces surge el concepto de «naturaleza jurídica», como el descubrir un objeto nuevo en la realidad, capaz de ser definido conceptualmente. Pero el derecho no tiene un objeto natural. El derecho es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El derecho es creado por el hombre y su «naturaleza» y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula.

Los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. El elemento definido se suele contener en la definición, porque los elementos de realidad son escasos –o inexistentes– en la tarea diaria de los juristas.

Por todo ello, resulta oportuno adaptar las reglas que gobiernan la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de daños para minimizar las ineficiencias, la excesiva litigiosidad y conflictividad, la disparidad de criterios, todo ello enfocado a la posibilidad de plantear un «nuevo» derecho de daños que intente remediar los fallos desde una explicación de comportamientos humanos, costes e incentivos.

## 7. A modo de conclusión

Entendiendo el derecho como un sistema de regulación de la conducta humana racional, y la responsabilidad civil como un mecanismo para distribuir cargas y beneficios entre los miembros de la sociedad, se facilitaría la creación de un «nuevo» derecho de daños que, superando los tradicionales enfoques dogmáticos y abstractos, ayudase a minimizar



las ineficiencias, problemas y patologías del «actual» derecho de daños, asignando costes y atribuyendo responsabilidades de manera más eficiente.

El reequilibrio entre lo que la sociedad necesita del derecho y lo que el derecho, tal como lo concebimos, está en condiciones de ofrecerle pasa por aceptar que el derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido. El reequilibrio no pasa por aceptar o no otras lógicas racionales en la lógica jurídica del derecho de daños, pero sí precisa que otras lógicas racionales nos ayuden a pensar el derecho de daños de otra manera a la que estamos acostumbrados.

## Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2007). Los juristas – españoles– y el análisis económico del derecho. *InDret*, 1. [http://www.indret.com/pdf/417\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/417_es_1.pdf)
- Barcia Lehmann, R. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis*, 4(2), 149-175.
- Beluche Rincón, I. (2011). Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del 1903 Cc. En VV. AA., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, La Coruña, 8 y 9 de abril de 2011 (pp. 387-392). Editum.
- Bullard González, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del Derecho en el Perú. *Thémis*, 44, 17-35.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coleman, J. (2001). Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method. En G. Postema (Eds.), *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 183-213). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511498671.005>
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle*. Oxford University Press.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2011). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, La responsabilidad civil extracontractual*. Vol. V. Civitas Thomson Reuters.
- Doménech Pascual, G. (2005). La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125, 65-99.
- Doménech Pascual, G. (2012). Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, 59-86.
- Doménech Pascual, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. *InDret*, 2.
- García Amado, J. A. (2015). Sobre causalidad y otros mitos doctrinales en la responsabilidad por daño extracontractual. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/sobre-causalidad-y-otros-mitos-doc->



- [trinales-en-la-responsabilidad-por-dano-extracontractual/](#)
- Gómez Calle, E. (2006). Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno. En F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Gómez Pomar, F. (2004). Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.<sup>a</sup>, 19.6.2003. *InDret*, 193. [http://www.indret.com/pdf/193\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/193_es.pdf)
- H, K. N. (2014). Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases. *Journal of Tort Law*, 7, 35-64.
- Jansen, N. (2003). Estructura de un Derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. *InDret*, 2. [http://www.indret.com/pdf/128\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/128_es.pdf)
- Keren-Paz, T. (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Marcial Pons.
- Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 167-191. <http://afduam.es/libro/afduam-4/>
- Papayannis, D. M. (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 34, 119-148. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/)
- Pérez Fuentes, G. M. (2009). Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada. *Prolegómenos*, 12(24), 43-57.
- Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Reglero Campos, L. F. (2006). Los sistemas de responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 211-248). Aranzadi.
- Schäfer, H.B. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho*. Tecnos.
- Salvador Coderch, P. (2019). Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia. En P. Salvador Coderch (Ed.) y S. Ramos González (Coord.), *Derecho de daños* (pp. 67-85). *InDret*. <http://www.indret.com/pdf/16.10.2019.pdf>
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I. (2002). Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización. *InDret*, 3. [http://www.indret.com/pdf/088\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/088_es.pdf)
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I. (2005). El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. *InDret*, 1. [http://www.indret.com/pdf/275\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf)
- Salvador Coderch, P. y Fernández Crende, A. (2006). Causalidad y responsabilidad. *InDret*, 1. [http://www.indret.com/pdf/329\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/329_es.pdf)
- Salvador Coderch, P. y Ramos González, S. (2008). Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante. En P. Salvador Coderch y F. Gómez Pomar (Eds.), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante* (pp. 75-104). Thomson Civitas.
- Salvador Coderch, P. y Ramos González, S. (2008). Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados, *Revista InDret*, 2. [http://www.indret.com/pdf/543\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/543_es.pdf)
- Salvador Coderch, P. y Ruiz García, J. A. (2001). Prevención y Derecho de Daños. *InDret*, 2. [http://www.indret.com/pdf/053\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/053_es.pdf)
- Salvador Coderch, P., Gómez Ligüerre, C. I., Ruiz García, J. A., Rubí Puig, A. y Piñeiro Salguero, J. (2002). Respondeat Super-



rior 1. *InDret*, 2. [http://www.indret.com/pdf/079\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/079_es.pdf)

Sánchez Hernández, C. (2008). Responsabilidad del empresario: relación de dependencia y perjuicios causados con ocasión de sus funciones. *Revista de Derecho Patrimonial*, 21. Aranzadi. Aranzadi Digital (BIB 2008\1656).

Santos Briz, J. (1993). *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Montecorvo.

Weinrib, E. J. (2017). *La idea de Derecho Privado*. Marcial Pons.