

## CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

**P**UEDE afirmarse, casi con seguridad, que hasta el final del siglo pasado la responsabilidad civil que los códigos recogieron de la tradición iusnaturalista inmediatamente anterior y mediatamente de los desarrollos de las glosas, posglosas y comentarios de la Ley Aquilia, fue una responsabilidad fundada exclusivamente en la culpa. Al causante del daño se le impone la obligación de indemnizarlo porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque si hubiera actuado bien, el daño no se hubiera producido. La idea de culpa, sobre la que se funda la responsabilidad civil, es una idea todavía poco desarrollada, en la que, seguramente, confluyen y se confunden un juicio sobre la causalidad y un juicio de valor sobre la diligencia debida. Se trata de una regla que se plasmó en el artículo 1.382 del Código civil francés y, tras sus huellas, en la mayor parte de los códigos a los que podemos considerar herederos de aquél.

El giro doctrinal y jurisprudencial que conduce a admitir, por lo menos en algunos casos, que la responsabilidad no se funda en la culpa, sino en el riesgo que se ha creado, es históricamente una consecuencia de la Ley francesa de Accidentes de Trabajo de 1896, en la cual, de modo similar a como ocurrirá después en otras muchas leyes posteriores, se establece un deber (del patrono) de indemnizar al trabajador sin más excepciones que la fuerza mayor extraña al trabajo y la culpa del perjudicado. Que el giro que después experimenta la jurisprudencia civil francesa tiene este origen lo demuestra el hecho de que las obras centrales que influyen en ella son las de Raymond Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, que es de 1897 y la de Louise Josserand, *De la responsabilité du fait des choses*, de 1898, por más que Marcel Planiol atribuya a Laurent, al que llama «el más inflexible de los exégetas», haber sido el primero en pensar en una interpretación como la que después iba a surgir, que Planiol denominaba «la más pretoriana

---

AFDUAM 4 (2000), pp. 153-166.

de las jurisprudencias». Hay que señalar que, en la jurisprudencia francesa, el giro no se da en el artículo 1.382, que sería el trasunto de nuestro artículo 1.902, sino en el artículo 1.384, a través del cual los autores construyen la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas.

El párrafo primero del artículo 1.384 servía de introito a una serie de supuestos especiales de lo que se conocía como responsabilidad por hechos ajenos (padres, tutores, empleados, etc.) y a otro tipo de responsabilidad que se define como derivada de las cosas que uno tiene bajo su guarda. El precepto dice –literalmente– que no se responde sólo del daño que se causa por el propio hecho, sino también por el hecho de las personas de quienes hay que responder o de las cosas que uno tiene bajo su guarda. Retomando la autoridad de Marcel Planiol, el sentido real del párrafo primero del artículo 1.384, sobre todo si se recuerda el proyecto primitivo, no innovaba nada y estaba simplemente destinado a enunciar las disposiciones siguientes. Nada había en el derecho anterior que permitiera establecer una responsabilidad general por el hecho de que una persona use o se sirva de una cosa determinada. El Código civil francés, después de establecer la entradilla (se responde también de los daños causados por las cosas que uno tiene bajo su guarda), se limitaba a hacer dos aplicaciones particulares, referida una al propietario de un animal y otra al propietario de un edificio. La primera de dichas reglas hace responsable al propietario del animal y al que se sirve de él, del daño que el animal causa aunque se hubiera extraviado o escapado. Se trata de una regla construida por Domat (*Lois civiles*, libro II, tít. VIII, sec. 2.<sup>a</sup>), quien admitía la presunción de culpa en la vigilancia del animal, como después hará nuestro Código Civil en el artículo 1.905. La segunda, que prescribe la responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados por la ruina del mismo, tenía algún origen romano en la *cautio damni infecti* y aparecía recogida en el antiguo Derecho francés. El propietario responde en línea de principio por su culpa, puesto que no ha ordenado, ni realizado, las reparaciones en el tiempo oportuno, por más que pueda existir una presunción de tal culpa.

La ampliación se irá produciendo mediante una generalización de la regla a todas las cosas inanimadas que son susceptibles de que de ellas derive algún peligro. Así, por ejemplo, las armas de fuego, las canalizaciones de agua o de gas, las conducciones eléctricas y muchísimas cosas más. En efecto, a partir de la sentencia de la *Estación Marítima de Brienne* en Burdeos, la jurisprudencia generaliza la presunción de culpa que entendía implícita en el artículo 1.384. Y a partir del asunto *Jeand'heure* la regla se aplica a la responsabilidad derivada de accidentes de automóvil, con una generalidad que permitió a R. Savatier acuñar un neologismo para designar el responsable como *chargé de risques*, porque, en esta línea doctrinal y jurisprudencial hay lo que se ha llamado una consagración parcial de la doctrina del riesgo. La responsabilidad –se dice– no es un riesgo que pesa sobre la propiedad, pues el propietario sólo está obligado si usa la cosa y si la guarda. Es un riesgo de la explotación, porque si el uso de las cosas es fuente de ventajas y de beneficios, debe ser también fuente de responsabilidad: *ubi emolumentum ibi onus*. Esta concepción fue muy pronto objeto de críticas, a la cabeza de las cuales hay que volver a mencionar a Planiol, y ha abierto una querrela que ha dividido durante años a los juristas franceses sin que se haya llegado nunca a apagar.

Como crítica de partida se podría decir que trasladar acriticamente la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo a todo el sistema era algo que no tenía completa justificación, como no fuera la de facilitar las demandas de indemnización, porque, en efecto, una cosa es adoptar justas medidas de política social, que, al mismo tiempo que aseguran a las clases trabajadoras, permiten un normal funcionamiento de las empresas, y otra muy distinta es establecer una regla de responsabilidad aplicable a los más heteróclitos supuestos. Por lo demás, la generalización de la idea de que las cosas inanimadas causan daños tampoco tenía un fundamento correcto. Como decía Planiol, ello suponía establecer dos reglas de Derecho diferentes y contradictorias entre sí, dependiendo de la circunstancia de que, en cada caso, existiera o no el llamado «hecho de una cosa», cuando, hablando con justeza, el hecho de la cosa no existe y la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas constituye una cabal ilusión. Es cierto que se ha podido hablar de un determinismo interno de algunas cosas como máquinas, automóviles y animales y por esta razón se ha podido distinguir entre cosas activas y cosas inertes, pero la verdad que no hay más actos que los humanos y que lo que se juzgan son siempre los actos humanos.

La creación de la denominada doctrina del riesgo no puede considerarse como una singularidad de la literatura y de la jurisprudencia francesas, sino que aparece en toda Europa, en cada lugar con las peculiaridades propias de su ordenamiento. En la literatura alemana, se empieza a hablar de una *Gefährdungshaftung* a partir por lo menos de un trabajo de Müller Erzbach, que es de 1912. Aparecen después el de Bienenfeld: *Die Haftungen ohne Verschulden*, de 1933; y el de Esser: *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, de 1941. Larenz (*Derecho de Obligaciones II*, p. 663), que hace un excelente resumen al respecto, señala cómo en Alemania la llamada responsabilidad por riesgo se construyó mediante una generalización de leyes especiales, que se habían referido en un primer momento al transporte por ferrocarril, desde una Ley prusiana de 1871, y después a la conducción de vehículos de motor, a las que se unieron las normas sobre la responsabilidad del poseedor de un animal y algunas figuras de responsabilidad unidas a la tenencia de una cosa. Larenz lo explica diciendo que:

La responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo –aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño– y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; la ley habla de «empresario fabril» y de «tenedor» de un animal o de un automóvil. Se le impone la responsabilidad por los riesgos unidos generalmente para otros por dicha explotación, por la tenencia de su animal o por la utilización de un vehículo, porque aparece socialmente justificado que cargue con el riesgo del daño, y no aquel a quien «causalmente» se le haya producido un daño de esta clase. Lo cual se funda en el pensamiento de que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Se puede decir que la persona que emprende una actividad permitida que puede crear o mantener una fuente de peligros para otros carga sobre sí por ello una responsabilidad especial y, como consecuencia, ha de responder del peligro. Así pues, en el supuesto de la responsabilidad por riesgo se

trata de una *imputación más intensa* desde el punto de vista social *respecto de una determinada esfera de riesgos*, de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad según los patrones o medidas, no de la imputabilidad y de la culpa, sino de la asignación del riesgo a aquel que lo crea o domina, aunque sólo en general.

En el Código civil italiano, de 1942, es muy significativo el artículo 2.050, que lleva como título «Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas», y que dice así: «quien cause daños a otros en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento si no prueba que adoptó todas las medidas idóneas para prevenir el daño». Como ha puesto recientemente de relieve Cesare Salvi (*La responsabilità civile*, Milán, 1998, p. 122), se trata de una de las pocas novedades del Código de 1942 en materia de imputación de responsabilidad, carente en el momento de la entrada en vigor del Código de precedentes en los sistemas codificados y formada por generalización de supuestos típicos (en especial, la circulación de vehículos de motor) para hacer frente a las consecuencias de las actividades peligrosas que no eran reconducibles a los daños causados por las cosas o por los animales. El resultado conseguido —dice Salvi— ha sido criticado por la doctrina, tanto por lo que se refiere a la formulación técnica de la prueba liberatoria como por la falta de consagración de una regla de responsabilidad objetiva y por la carencia de coordinación con las demás hipótesis de responsabilidad, como ocurre con los artículos 2.051 y 2.052, donde se regula el daño causado por las cosas que se encuentran bajo la custodia de aquel al que se hace responsable, salvo en los daños causados por los animales, de los cuales se hace responsable el propietario o a quien se ha servido de ellos, salvo prueba del caso fortuito.

El debate abierto por los autores italianos alrededor del artículo 2.050 ha versado sobre los siguientes puntos. El sistema presenta escasa coherencia y no acoge con claridad una responsabilidad fundada en el riesgo. Por más que algunos autores lo hayan entendido así, otros, con mayor razón, han observado que el artículo 2.050 constituye el mayor obstáculo para encontrar en el Código Civil de 1942 un principio general de responsabilidad objetiva o de empresa, pues, en un supuesto en que parece producirse una desvinculación de la responsabilidad respecto de la culpa, la previsión legal permite la exoneración a través de una fórmula que no es fácilmente reconducible a la categoría de la responsabilidad objetiva y que se mueve más bien en el propio círculo de la responsabilidad por culpa. La prueba de haber adoptado medidas para evitar el daño del artículo 2.050 contrasta con la prueba del caso fortuito de los artículos 2.051 y 2.052, por lo que pudo decir Rosario Nicoló que más parecía tratarse de una solución de compromiso que se encontraba al margen y no en el interior de la responsabilidad objetiva. Criticado ha sido también el criterio del «peligro», que por sí sólo no es un título de imputación de responsabilidad, a menos que se trate de una peligrosidad mayor de la normal, que no se refiere sólo a la genérica prueba de la peligrosidad del daño y que sólo puede seguramente medirse de forma cuantitativa. La norma del artículo 2.050, por lo demás, tiene un ámbito de aplicación limitado, pues no se aplica a aquellas actividades que, aun siendo peligrosas, presentan en la ley una regulación

específica, como ocurre con la circulación de vehículos de motor, la energía nuclear y otras muchas.

En la jurisprudencia inglesa y norteamericana se ha hablado y se continúa hablando de *strict liability* para designar supuestos en los que la demanda de indemnización no se funda necesariamente en la culpa del demandado. Se ha puesto de relieve que la noción de *strict liability*, en el Derecho de daños, es muy antigua, de manera que no puede decirse justamente que haya una evolución desde la responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta, sino al contrario: es la idea de que la responsabilidad no es necesariamente estricta la que es relativamente moderna, por lo que en la reaparición de la llamada *strict liability* puede encontrarse algún rastro de viejas decisiones sobre los casos de *trespass of cattle*, que proceden de 1353. Como he explicado en otro sitio:

La regla es que *strict liability is liability without proof of negligence*. Esta doctrina apareció en el asunto de *Rylands versus Fletcher*. Fletcher había construido en sus tierras un embalse del cual escapó el agua que inundó la tierra de Rylands. El asunto fue decidido a favor de este último y Lord Blackbourn dijo que la verdadera regla de Derecho es que la persona que para llevar a cabo sus propios designios traslada a sus tierras y recoge y guarda en ellas algo que probablemente causará daño si se escapa, lo hace a su riesgo y es *prima facie* responsable de todo daño que sea consecuencia natural de que escape. Como recuerda T. Lewis, Lord Caens que concurrió con Blackbourn en el mismo punto de vista, introdujo alguna dosis de flexibilidad al restringir la regla a aquellos casos en que las circunstancias demostraran que el demandado ha hecho un uso no natural de la tierra. La doctrina inicial fue interpretada restrictivamente limitándola a la intromisión y conservación de cosas en la propiedad de uno, que después se escapaban de allí, por lo que inicialmente no se aplicó a supuestos que, no obstante ser peligrosos, no cumplían estos requisitos. Así, en 1947, la demanda del empleado de una factoría de municiones, herido por la explosión de una bomba, se desestimó considerándose que el demandado no era responsable y que la regla de *Rylands versus Fletcher* no era aplicable.

La regla de *Rylands versus Fletcher* se aplica al agua cuando no corre naturalmente sino que se acumula en un lugar especialmente acondicionado o se ha interferido su natural curso; se aplica al fuego, lo que la hace coincidir con una vieja regla de *common law*, de acuerdo con la cual si el fuego se inicia en la casa o en la tierra de una persona y después se propaga a la casa o a la tierra de otra, aquél en cuya tierra o casa se inició es responsable del daño; se aplica al gas y a las conducciones de gas, por lo menos desde una sentencia de 1936 en el caso de *Northwestern Utilities v. London Guarantee and Accident Co*; a la electricidad, a los explosivos y a las sustancias venenosas. En cambio, según el *common law* no se aplica a los aviones, porque no son cosas a las que sea inherente el peligro.

La regla *Rylands versus Fletcher* sólo presenta como excepciones, es decir, como causas de exoneración de la responsabilidad, lo que nosotros llamaríamos fuerza mayor, que los anglosajones continúan llamando *act of God*; el acto u omisión del perjudicado; el consentimiento de la víctima y el acto independiente de un tercero salvo que pertenezca a aquellos que cualquier persona tendrá razonablemente que haber previsto y evitado.

En la doctrina jurídica española, los ecos del debate, sobre todo francés, comienzan a aparecer alrededor de 1930 y repercuten en la jurisprudencia en los años cuarenta. Se suele citar, como punto de partida, la STS de 10 de julio de 1943, pues hasta ese momento, en materia de circulación de automóviles, el Tribunal Supremo había declarado que «las modernas teorías sobre la responsabilidad civil sin culpa del que asume un riesgo no han tomado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, que mantiene el principio de la culpa por regla general». Santos Briz cita en este sentido la STS de 31 de octubre de 1931 y la de 29 de febrero de 1931.

En la sentencia antes citada de 10 de julio de 1943 se dijo lo siguiente:

Considerando: Que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción; bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos, según las circunstancias, y que siempre que el perjudicado contribuye a la realización del expresado hecho, es obligado a efectos compensatorios de determinar quién es el responsable del acto u omisión de mayor preponderancia.

Antes de seguir adelante, convendrá decir alguna cosa sobre la jurisprudencia española. Si Planiol calificaba la jurisprudencia francesa de su época como la más pretoriana de todas las posibles, nosotros podríamos decir que la nuestra es pretorianísima, con la circunstancia agravante de que se construye sin edicto porque al menos el pretor tenía la buena costumbre, según dicen, de anunciar cada año lo que iba a hacer el siguiente.

En la jurisprudencia española se pueden observar varias técnicas de objetivación, a veces inconfesadas, que actúan manipulando el requisito de la culpa. Desde finales de los años cincuenta y principios de los sesenta se viene diciendo que la diligencia precisa para exonerarse de responsabilidad no es sólo la reglamentaria, sino toda la que sea socialmente necesaria para prevenir o evitar el daño. El problema que presenta este tipo de enunciado es que no se sabe muy bien si se está extremando el sacrificio que se impone al posible implicado, subvirtiendo, de este modo, la regla generalmente admitida de que la diligencia es la de una persona media o una persona normal. En otras ocasiones, la línea de objetivación se produce inventando, en el mejor sentido de la palabra, a posteriori, los deberes de diligencia que sobre las personas pesaban, por más que, con anterioridad, nadie pudiera descubrirlos. Existe una curiosa sentencia, en un caso de colisión múltiple en la autopista Villalba-Adanero, producida como consecuencia de una retención, a su vez causada por la existencia de un pequeño incendio en los aledaños, pues, como todo el mundo sabe, la contemplación de un incendio suscita la curiosidad de los conductores y frena su marcha. Se impone la obligación de indemnizar a la entidad concesionaria de la autopista por el hecho de que entre el número de sus empleados no se contaba con alguno o algunos destinados a advertir de los incendios dando las órdenes precisas, todo ello sin preguntarse si una definición de los

deberes del concesionario figuraba en acto administrativo de concesión, si la actividad a que se tenía que dedicar el empleado era probable y sobre todo sin saber porque los tribunales organizan la política laboral de una empresa. En otra sentencia, de no hace muchos años, se impone la responsabilidad por el suicidio de una joven al hospital de la Seguridad Social en que había sido atendida, por el hecho de que, tras practicársele un lavado de estómago, pues había ingerido sustancias tóxicas, se la mantuvo durante algún tiempo en una habitación próxima dentro de un servicio de urgencias en compañía de su madre, porque, en un determinado momento, se arrojó por la ventana del cuarto de baño. La razón de la falta de diligencia era la falta de barrotes en las ventanas del servicio general de urgencias, por más que la reclamación de tales barrotes como medida de diligencia no deje de resultar sumamente extraña. Existen ocasiones en que es por decirlo así el daño mismo el que hace detectar la culpa como si se pudiera aplicar la vieja máxima según la cual *res ipsa loquitur* y se habla, a veces, de una reprobación social, más referida lógicamente a la producción del daño que a la conducta del implicado, olvidando probablemente que todos los daños merecen alguna reprobación social y que a todos nos disgusta que se produzcan, pero que la culpa no está en el daño sino en el comportamiento causante de él, que es cosa bien distinta. Por lo demás, en la alternativa entre culpa y riesgo, nuestra jurisprudencia ha caído siempre en la tentación de dejar abiertas ambas variantes, sin delimitar los posibles campos de actuación de una y otra. Algunos ejemplos nos pueden poner sobre la pista de este modo de actuar.

En la STS de 16 de febrero de 1988 se dijo lo siguiente:

«En cuanto se refiere a la responsabilidad por riesgo, es doctrina jurisprudencial que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo impone el artículo 1902 del Código Civil, si bien para el juicio de reproche era suficiente que el sujeto activo no hubiere procedido con el cuidado indispensable para evitar el resultado dañoso, como ya resaltaba de los textos clásicos, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, criterio exegético que se vigoriza a la vista de lo establecido en el artículo 3.º, párrafo 1.º del Código Civil, en cuanto introduce la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como elemento interpretativo de las normas, habiéndose igualmente sentado por esta Sala que al lado de la presunción de culpa, la jurisprudencia aplica en el tema de la responsabilidad por hechos de la circulación el principio de responsabilidad por riesgo, según el cual, la que deriva para el poseedor de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause mientras es utilizado, tiende a ser responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión, prescindiéndose de la culpa de las personas que lo manejan.

Lo curioso de este asunto es que por más que en él se hagan consideraciones de carácter general sobre el artículo 1.902 del Código Civil, se trataba en puridad

de un daño producido como consecuencia de la circulación de un vehículo de motor, sujeto ya a la legislación especial, pues lo que había ocurrido es que el camión y semirremolque de la empresa demandada, cuando circulaba por la carretera, sufrió el desprendimiento de las ruedas gemelas de la plataforma correspondiente al eje delantero, yendo una de ellas a interceptar la vía férrea, con tan mala suerte que el tren arrolló la rueda y se produjo un descarrilamiento.

En la STS de 10 de abril de 1988, el Tribunal dice «incumbía por tanto a los demandados probar que habían empleado la más estricta diligencia para evitar riesgos como el que se produjo en el caso de autos»: un bañista había muerto ahogado en una piscina municipal que el Ayuntamiento tenía arrendada, y el arrendatario explotador de la piscina tenía allí un empleado sin título de socorrista, dedicado a variadas tareas, como vigilar a los bañistas, calentar los motores y otras cosas más, todo ello por un módico estipendio.

En la sentencia de 25 de abril de 1988, el Tribunal vuelve a decir:

Debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor o caso fortuito, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieran las circunstancias de tiempo y lugar, lo que en el presente caso origina que, dada la inversión de la carga de la prueba que en estas situaciones se produce, la empresa demandada, ahora recurrente, «Iberduero, S. A.», propietaria y beneficiaria de la explotación de instrumentos, maquinaria o enseres que, por su propia naturaleza y características, comportan peligro o riesgo, habría que demostrar para quedar exculpada en el accidente en cuestión, una actuación y vigilancia indubitable acreditativa que el evento dañoso se produjo, no obstante, por fuerza mayor o culpa exclusiva de la propia víctima, lo que no se ha producido, al no haberse aportado por la citada entidad recurrente prueba eficiente acreditativa que la distancia de la línea de tendido eléctrico en cuestión al suelo cumplía rigurosamente lo previsto en el Decreto 3151/1968, de 28 de noviembre (R. 2254 y N. Dicc. 10112), aprobatorio del Reglamento de líneas aéreas de alta tensión, en orden a la seguridad de su instalación en función de la zona clasificada, según climatología dominante, cultivo y orografía del terreno de ubicación, porque las distancias que teóricamente se señalan en la demanda y en la diligencia de reconocimiento practicada por la Policía Judicial y Guardia Civil, cifrada en unos seis metros, no pueden destruir en casación las afirmaciones de la sentencia de instancia, ni mermar o modificar las aseveraciones rigurosas que en orden a la acción aquiliana se exigen para exonerar la responsabilidad a la mencionada propietaria de la línea eléctrica de donde se ha generado el peligro inmediato y directo causante del accidente, puesto que la asignación de seis metros a que en cuanto a distancias de seguridad de los conductores al terreno se establece en el artículo 25 de dicho Reglamento no como preceptiva, absoluta, sino como mínima, lo que indica que ha de ser superior cuando las circunstancias lo exijan, y siendo irrelevante en tendencia o eficacia exculpatoria la publicación de dibujos advirtiendo del peligro de la actividad agraria desarrollada en aquellos lugares, pues esto precisamente revela que la entidad recurrente implícitamente admite que la indicada distancia de seis metros no era suficiente y que por tanto tenía que extremar la instalación del tendido eléctrico en cuestión, y consiguientemente la distancia de los conductores al terreno, adecuada a fines de condiciones de seguridad encaminadas a evitar daños a consecuencia de la actividad agraria que se desarrollaba en la zona en donde

tuvo lugar el accidente en cuestión, y que conocía la precitada entidad recurrente como evidencian la publicación de aquellos dibujos y la circunstancia de haber ocurrido con anterioridad al accidente cuestionado otro que incluso produjo el fallecimiento del accidentado por resultar insuficiente la altura de los referidos conductores con relación al terreno; aparte de que, en todo caso, el mero cumplimiento de formalidades administrativas o reglamentarias no exoneran de responsabilidad, pues, de una parte, se habría requerido que esas exigencias resultaren acreditadas al tiempo del evento dañoso producido, y de otra parte debido a que aun existiendo cumplimiento de formalidades reglamentarias, éstas no excusan de responsabilidad cuando, como en el presente caso ocurre, devienen insuficientes conforme a las circunstancias concurrentes, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras y como más recientes, de 22 de noviembre de 1983 (R. 6490), 6 de mayo de 1983 (R. 2672) y 29 de junio de 1984 (R. 2669), porque, como ponen de relieve las de 8 de mayo de 1986 (R. 2669) y 25 de mayo de 1987 (R. 3580), a efectos de exoneración de responsabilidad se impone no sólo el cumplimiento de las formalidades reglamentarias, sino el empleo de todos los medios que la prudencia demande para prevenir y evitar el daño; y más en cuanto que al partir el recurso, y concretamente el motivo que se examina, de considerar en «Iberduero, S. A.» una conducta irreprochable se hace supuesto de la cuestión, en cuanto no se ha desvirtuado eficientemente por la referida entidad recurrente la apreciación en contrario de la Sala sentenciadora de instancia, con lo que ha quedado firme, a efectos de casación, la inacreditación de esa pretendida irreprochable conducta, que, por exclusión, condujese a conclusión de producción del daño por causa de fuerza mayor o por la exclusiva culpa de la propia víctima, y cuya inacreditación genera situación de culpa en la mencionada entidad «Iberduero, S. A.», en concurrencia con la también situación culposa creada por el demandante perjudicado don Manuel V. G., apreciada en la sentencia recurrida, haciendo aplicación del artículo 1.902 del Código Civil como medida subsiguiente al establecimiento de la culpa de todos y cada uno de los partícipes en el suceso, conduce a responsabilidades concurrentes, según certeramente se aprecia en dicha sentencia recurrida, traducible en una compensación económica a causa de una moderación responsabilizadora de tal índole, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras y como más recientes, de 16 y 30 de mayo, 27 de junio y 24 de octubre de 1983 (R. 2826, 2918, 3691 y 5339), 31 de octubre de 1984 (R. 5159), 23 de octubre y 17 y 19 de diciembre de 1986 (R. 5951, 7675 y 7682) y 22 de abril y 7 de diciembre de 1987 (R. 2723 y 9282), cuya concurrencia responsabilizadora es irreversible en casación, tanto por haber sido consentida por el recurrido, que no formuló recurso contra la sentencia que lo declaró y ser favorable a la entidad recurrente por la firmeza que depara aquella conformidad, cuando porque, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 13 de febrero de 1984 (R. 650), la cuestión de concurrencia responsabilizadora, por apreciación de culpas concomitantes es irreversible en casación en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, por implicar problemas referentes a la entidad y alcance de las respectivas culpas al permanecer invariables los hechos declarados probados de la sentencia recurrida.

En este caso, un trabajador recibió una descarga eléctrica con ocasión de hallarse manejando unos tubos de aluminio utilizados para el riego, lo que hacía por debajo del punto en que corría la línea eléctrica.

En todas estas sentencias aparece la idea de que si las medidas utilizadas no han impedido el daño, ello revela su insuficiencia. En la sentencia últimamente citada se observa, además, que no consta que el trabajador no hubiera percibido las correspondientes indemnizaciones de acuerdo con la Ley general de la Seguridad Social.

Cerraré la cita de sentencias, para no hacer muy larga esta entresaca, con la STS de 10 de julio de 1985, en la cual el hijo de la demandante había fallecido como consecuencia de las lesiones que se produjeron al caer desde lo alto de una grúa montacargas cuando trabajaba para el demandado. La demandante no parecía reclamar su propio daño moral, pues actuaba por sí y a beneficio de la herencia de su fallecido esposo, y tampoco sabemos, de nuevo, si había percibido o no la indemnización de la Seguridad Social.

De esta sentencia entresaco el siguiente considerando:

«El principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, de tal suerte que se exige, por modo general y como requisito de ineludible concurrencia, el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado, en relación con el 1.903; pero no es menos cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha creado diversos paliativos, cuales son el acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina si quiera sea con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, erigiéndose como canon la exigencia de “agotar la diligencia” –sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1954 (R. 1001), y 30 de junio de 1959 (R. 2944), 12 de febrero y 17 de marzo de 1981 (R. 530 y 1009), 20 de diciembre de 1982 (R. 7698)–; más destacadamente aún, la responsabilidad por riesgo que refieren tantas otras, desde la de 24 de marzo de 1953 (R. 913), a las de 18 de noviembre de 1980 (R. 4143), y 30 de abril y 14 de junio de 1984 (R. 1976 y 3242), de especial relevancia en la circulación de vehículos de motor –sentencia de 6 de mayo de 1983 (R. 2670)–; siendo el primero en aparecer, ya que data de la sentencia de 10 de julio de 1943 (R. 856), el de la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción *iuris tantum* de que medió culpa por parte del agente, consagrando en multitud de sentencias a partir de la indicada, así las de 20 de octubre de 1963, 23 de marzo de 1968 (R. 1840), 11 de marzo de 1971 (R. 1234), 10 de mayo de 1972 (R. 2305), 9 de marzo de 1974 (R. 957), 29 de diciembre de 1975 (R. 4842), 26 de mayo de 1976 (R. 2365), 14 de marzo de 1978 (R. 815) y 18 de noviembre de 1980 (R. 4143), 27 de abril y 6 de octubre de 1981 (R. 1781 y 3585), 10 de mayo de 1982 (R. 2564), y, últimamente, 11 de abril de 1984 (R. 1956), al decir que es doctrina constante de esta Sala que en materia de culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias de lugar y tiempo y que la culpa del perjudicado, en la hipótesis de que concurra, se presente con caracteres de exclusividad o con tan acusado relieve como para abonar a otra culpa concurrente, pues, en otro caso, sólo puede apreciarse cierta compensación (de la responsabilidad mejor que de la culpa, como precisó la sentencia de 15 de diciembre de 1984) traducible en moderación

del montante económico a satisfacer; siendo justamente este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral, donde actualmente tiene por principal asiento el número 3 del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social (R. 1974, 1482 y N. Dicc. 27361), al presumirse, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo; debiendo tenerse muy en cuenta a la hora de calificar como imprudente una conducta la diligencia exigible no sólo según las circunstancias, artículo 1.104, sino también según así lo previene la sentencia de 16 de mayo de 1983, el sector de la vida social en que se produce la ocurrencia; apareciendo aquí y muy de bulto, que el juzgador de la instancia no entendió a la índole de la esfera laboral en que el acaecimiento dañoso se producía y en la que tan antigua manifestación tiene el principio de la inversión de la carga de la prueba, poniendo a cargo de la víctima la inasequible prueba de la culpa del patrono, quien, siendo obviamente el creador del riesgo y el beneficiario de la actividad del interfecto, se exime en el caso de toda responsabilidad, sin que exista una clara constancia de que la precipitación del obrero obedeció a una conducta imprudente o negligente del mismo».

De todo lo dicho hasta aquí, parece desprenderse que no hay dos reglas o dos variantes en la imputación subjetiva de responsabilidad culpa/riesgo, sino tres distintas: la tradicional, que es la antigua responsabilidad por culpa; la regla de la presunción de culpa y de la atribución de la carga de la prueba de la diligencia al demandado, que es la línea que seguía el artículo 2.050 del Código civil italiano, y la genuina responsabilidad por riesgo, que es una responsabilidad por la causación, dentro de una determinada esfera de riesgo, con causas muy tasadas de exoneración.

El problema, en el momento actual, consiste en saber a qué casos o grupos de casos se aplican cada una de las reglas dos y tres, supuesto que la una es el principio general. Este problema nunca resuelto se complica en la actualidad porque en la legislación de los últimos treinta años han ido apareciendo normas legales en que se hace aplicación del criterio de responsabilidad por riesgo: navegación aérea, instalaciones nucleares, accidentes causados en la caza, daños causados por consumidores y usuarios, en productos o servicios que incluyan la garantía de deberes determinados de pureza, eficacia y seguridad (arts. 26 y 28 LGDCU) y responsabilidad del fabricante por productos defectuosos. Rigurosamente planteado el problema, se puede volver a formular tratando de decidir si, además de aquellos casos en que el legislador expresamente ha optado por un sistema de responsabilidad por riesgo, pueden los tribunales –sin apoyo legal– crear responsabilidad por riesgo en otros ámbitos no legislados o, incluso, si establecido legislativamente un sistema de responsabilidad por riesgo, por ejemplo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pueden crearse otros sistemas no legislados también de responsabilidad por riesgo en virtud de la regla de compatibilidad de accidentes procedentes en el Derecho laboral con aquellas que sean consecuencia de la aplicación del legislador civil. Todo lo cual, por una parte, exige averiguar de qué tipo de *riesgo* estamos hablando cuando hablamos de responsabilidad por riesgo, lo cual es muy importante si no perdemos de vista que la vida social y la económica generan importantes esferas de riesgo toleradas y permitidas, de manera que, parafraseando el título de una vieja película, todos los años vivimos peligrosamente.

He dicho hace un momento que no había dos, sino tres, reglas: responsabilidad por culpa, responsabilidad con inversión de la prueba de la culpa y estricta responsabilidad por riesgo o por causación en un área o marco de riesgo determinado. Como la primera de las reglas es el principio general, convendrá ocuparse de tratar de delimitar lo mejor posible las otras dos. Desde ahora, me parece que se puede decir que la inversión de la carga de la prueba no guarda relación especial con el tipo de daño, ni, por sí sola, con el tipo de actividad que lo genera. Lo que debe determinar una inversión de la carga de la prueba es más bien la complejidad técnica, o tecnológica, si se prefiere hablar así, del proceso factual que ha conducido a un daño, cuando es complejo, resulta inasequible o es muy difícilmente accesible para el perjudicado, que es quien lo tiene que ofrecer como fundamento de su demanda. La prueba es, en este punto, una prueba especialmente compleja, porque comprende, al mismo tiempo, la causación y la demostración de la existencia de deberes de diligencia que resultaron infringidos en la acción que condujo al daño. Invertir la carga de la prueba significa, por consiguiente, hacer pasar sobre el demandado la prueba de la concurrencia de una circunstancia de exoneración que incida sobre la causalidad (la causa fue otra) o sobre la culpabilidad (el causante había actuado diligentemente). Colocar el acento de la inversión de la carga de la prueba en el Derecho de daños sobre la complejidad técnica de las actividades que condujeron al daño es algo que la jurisprudencia ha realizado en múltiples ocasiones. Puede citarse, por vía de ejemplo, la solución ofrecida en materia de ruina de edificios cuando el Tribunal Supremo tuvo que interpretar el artículo 1.591 del Código Civil, trasladado recientemente a la últimamente dictada Ley de Edificación. La regla ordena que no son los perjudicados quienes tienen que probar, sino que pesa sobre los agentes que intervinieron en el proceso de edificación la prueba de la circunstancia de exoneración, llámese caso fortuito o fuerza mayor. En algunos momentos el Tribunal Supremo ha apuntado hacia la misma idea tratándose de actividades médicas, donde también la prueba por el perjudicado del complejo causas-culpas es enormemente difícil. Los procesalistas no se han puesto de acuerdo en punto a si la carga de la prueba deba distribuirse según la facilidad o asequibilidad de la información respecto de cada una de las partes, aunque es una regla de buen sentido, que, en el campo que nosotros analizamos, debe jugar.

Más complicado de resolver es el problema de la genuina responsabilidad por riesgo en sentido estricto, que es responsabilidad por causación dentro de un marco determinado. Ante todo, debería quedar claro que no es cualquier marco de riesgo, porque las reglas de la responsabilidad por riesgo no se pueden aplicar en el llamado riesgo general de la vida o el riesgo normal. En segundo lugar, hay que señalar que los impulsos hacia una superación de la responsabilidad por culpa o hacia la creación de una responsabilidad por riesgo no han tenido inicialmente nada que ver (o han tenido poco que ver) con el tipo de daño y se han encontrado más en relación con las características de los sujetos que producían tales daños. Se podrá decir que en la primera de las legislaciones a las que hemos imputado el comienzo de la evolución –la de accidentes– se contemplaban daños personales, pero se contemplaban en cuanto insertos en el marco de riesgo que el trabajo en una empresa significa para los trabajadores. Es cierto igualmente que algunas de las leyes que han ido consagrando la responsabilidad por riesgo han establecido regímenes jurídicos diferenciados por los daños a las personas y a los bienes, pero vuelve a ser

cierto que la diferenciación estaba en las características de los autores del perjuicio. Esto es perfectamente claro en lo que se refiere a las empresas de navegación aérea o a aquellas otras que trabajan o manipulan con isótopos radiactivos o con energía nuclear, donde las características de las empresas se encuentran perfectamente definidas y son decisivas. Se encuentra menos definido en la responsabilidad por productos defectuosos que, aunque atañe a empresarios, permite que sean de catadura muy diferente. Y la adecuación es más difícil todavía en lo que concierne a la responsabilidad por vehículos de motor en la que el legislador no hace acepción en punto a si el vehículo se encuentra al servicio de un empresario o de un particular. De todas maneras, la responsabilidad por riesgo guarda alguna relación con las características de los autores de los daños y con la actividad dentro de la cual los daños son causados. Por eso, para poder acercarnos al núcleo del problema, convendría tratar de indagar algunas de las razones profundas de la adopción del sistema de responsabilidad por riesgo. No voy a entrar aquí en el problema de la llamada función preventiva de las normas de Derecho de Daños, pero, en el supuesto que exista, me parece que tanto debe producirse la responsabilidad si es por culpa como si es por riesgo, aunque habrá que preguntarse si no fomenta más la adopción de medidas de prevención una responsabilidad por culpa –en la cual la responsabilidad no se dará si tales medidas, con sus costos, se adoptaron– que la responsabilidad por riesgo en la que, al fin y al cabo, la adopción de medidas de prevención puede resultar intrascendente. ¿Qué otros caminos pueden seguirse? A mi juicio, hay que llamar la atención sobre dos que ha puesto de relieve el análisis económico del derecho. El primero es lo que podremos llamar de la facilitación de la pulverización del daño. Si partimos de la idea de que todo daño –y el daño continúa existiendo aunque se indemnice, sólo que cambiando de lugar– es económicamente un mal, pulverizar el daño es permitir que sea mejor digerido por el sistema económico, pues, evidentemente, no es lo mismo un daño de un millón de pesetas soportado por uno sólo, que ese mismo daño soportado por un millón de personas. La pulverización puede producirse cuando empresas de suficiente envergadura para llevar a cabo afinados cálculos de costos, pueden conocer bien la proporción en que en estos últimos inciden las indemnizaciones que estadísticamente tengan que pagar, calculando de este modo el precio y redistribuyendo el daño entre los clientes. Un sistema de lo que llamo pulverización del daño se produce también, obviamente, por la vía del seguro, en que el asegurador, cuando paga la indemnización, la redistribuye por la vía de las primas entre la comunidad de los asegurados. Mas si las cosas son así, el sistema de responsabilidad por riesgo sólo puede imponerse en aquellos casos en que coincida con un buen sistema de pulverización. La segunda vía de inteligencia de la responsabilidad por riesgo la ofrece Patrick Atiyah. Para que la competencia se desarrolle en un régimen perfecto, en que no se produzcan distorsiones o disfunciones, se hace preciso que cada uno de los concurrentes pague sus propios daños, insertándolos en sus costos, cosa que no siempre ocurre en el sistema de responsabilidad por culpa en que las mallas de las redes legales son a veces tan amplias y flexibles que permiten escaparse a través de ellas. Porque, en efecto, si el empresario que es menos eficiente, porque produce daños, no paga éstos, podrá competir con precios más reducidos y terminar desplazando a su competidor, más eficiente, que, porque calcula bien sus costos, sólo puede concurrir a un precio más alto. Que en el fondo de la responsabilidad por

riesgo puede latir algún tipo de idea semejante a ésta es algo que no debe discutirse, si no se olvidan la enemiga que siempre tuvieron los juristas de los que en tiempos pasados se denominaron países del socialismo real, para quienes un sistema por responsabilidad por daños que no se atenga a la culpa es sólo una forma de actuar neocapitalista y deshumanizada. Mas cualquiera que sea la medida en que ideas como éstas estén en el trasfondo de la responsabilidad por riesgo, algo nos dice que debemos conservar la prudencia ante ensayos que resultan aparentemente progresistas y que sólo se comprende bien si lo son o no cuando se conocen con profundidad sus distorsiones y sus efectos perversos, cosa que la mayor parte de las veces no está en manos de los tribunales de la justicia, que, en este punto como en tantos otros, actúan sólo por intuiciones que no llegan nunca a ser demostradas. Si esto fuera así, la única solución lógica de nuestro problema es que no hay más responsabilidad por riesgo que aquella que, en cada momento, el legislador haya articulado como tal, sin que los tribunales puedan usurpar una tarea que es estrictamente legislativa. De esta manera, en la altura de los tiempos en que nos movemos, la única regla razonable me parece que es la que contiene el párrafo segundo del artículo 483 del Código civil portugués, de acuerdo con la cual «sólo existe obligación de indemnizar independientemente de la culpa en los casos determinados en la Ley».