

LA FUERZA MAYOR Y SU CONDICIONADA VIRTUALIDAD EXONERADORA EN SEDE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Mariano Medina Crespo
María Medina Alcoz
Luis Medina Alcoz

1.- Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: su definición y soporte normativo básico

a) Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: su definición y soporte normativo básico

En principio, los arts. 1101 ss. C.c. son disposiciones dictadas para el tratamiento de la responsabilidad contractual. No obstante, la jurisprudencia ha extendido su aplicación al campo de la responsabilidad extracontractual, con lo que, en definitiva, estos preceptos integran la disciplina común de cualquier clase de obligaciones. La constatación de que la responsabilidad contractual y la extracontractual poseen la misma estructura hace plausible la aplicación de esos artículos a la responsabilidad extracontractual. Son normas generales ubicadas bajo la rúbrica *De la naturaleza y efectos de las obligaciones*, aplicables, por tanto, a cualquier tipo de obligación. Ya la muy antigua STS de 14 de diciembre de 1894 declaró que los arts. 1101, 1103 y 1104 son preceptos de carácter general que se aplican a todo género de obligaciones, incluidas las reguladas en los arts. 1902 y 1903.

Entre tales preceptos, se encuentra también el art. 1105 C.c., que contiene una definición descriptiva del concepto de fuerza mayor o caso fortuito, pues dispone: *Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*. Los sucesos a los que se refiere corresponden a las nociones de caso fortuito (*casus fortuitus*; o, simplemente *casus*, de cuya palabra deriva el sustantivo “casualidad” y el adjetivo “casual”; también *vis minor* y *casus minor*) y fuerza mayor (*vis maior*; también, *casus maior*), sin que estas denominaciones técnicas aparezcan recogidas en el precepto, aunque sí aparecen en otros artículos del C.c.

Dicha norma tiene su antecedente en el art. 1014 del Anteproyecto de 1851, en el que se establecía que en ningún contrato hay responsabilidad por caso fortuito, salvo que se haya pactado expresamente. Se recogía, pues, el concepto de caso fortuito, pero no el de fuerza mayor; y Florencio GARCÍA-GOYENA OROBIA explicaba que *casos fortuitos* son los que no pudieron preverse y los que, previstos, no pudieron evitarse, que en latín se identificaban también con la *fuerza mayor* o el *caso mayor*. –Arnold VINNEN, Arnoldus VINNIUS (1588-1657)–: *quod humanu captu praevidere non potest nec cui praeviso potest resisti*.

A su vez, el concepto de caso fortuito o fuerza mayor había sido definido en el Derecho romano haciendo referencia a las cosas *quæ sine dolo et culpa eius accidunt* y a las cosas *quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant*; concepto que se llevó a *Las Partidas*, al establecer: “*Casus fortuitus*” tanto quiere decir en romance como ocasion que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver (7, 33, 11).

Adviértase que la expresión caso fortuito es en sí pleonástica, pues se añade el adjetivo fortuito a lo que de suyo es ya casual (el caso), porque *casus* y *fors* significan la misma cosa. Pero ello es así sólo en la medida en que la palabra caso se utilice en su acepción de azar o casualidad, pero no si se emplea en la acepción hoy preferente de suceso o acontecimiento.

Felipe-Clemente de DIEGO GUTIÉRREZ resaltaba en sus Lecciones (principios del s. XX) que “caso” en filosofía significa aquello que no podemos relacionar con una causa determinada y que no es el “caso” una causa propiamente dicha, sino un *quid ignotum*, algo en lo que se revela nuestra ignorancia respecto de la verdadera causa de un acontecimiento, aunque, aplicado el concepto en el mundo del Derecho, casual es lo que escapa a la voluntad del sujeto considerado.

Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito aparecen como sinónimos en algunos artículos del C.c. (art. 457, en el que se utiliza el concepto de fuerza mayor para evitar la cacofonía en que se incurriría si se hablara de caso fortuito, según puntualiza Fernando BADOSA COLL; y art. 1183), siendo, pues, intercambiables, refiriendo uno y otro promiscuamente a las dos formas de suceso que describe el precepto, aunque también puede entenderse, con cierta fragilidad, que el caso fortuito se liga a la imprevisibilidad y que la fuerza mayor se liga a la inevitabilidad.

Considerados tradicionalmente estos dos conceptos como sinónimos en la práctica judicial y por la mayor parte de los autores, de su identidad se hizo eco Louis JOSSERAND al decir que aparecían como “los dos hermanos siameses de la no responsabilidad”; y ello es así porque la virtualidad de una y otra circunstancia consiste, en principio, en impedir el nacimiento de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. Tratándose del mismo efecto liberador, la diferencia es que, en el primer caso, la fuerza mayor extingue la obligación contractual, mientras que, en el segundo, impide el nacimiento de la obligación extracontractual. De esta diferencia se hace eco con precisión la STS (Sala 1ª) de 7 de abril de 1965.

2.- Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: su eficacia liberadora y la previsión normativa de sus excepciones

De acuerdo con el art. 1105 C.c., el deudor contractual está liberado de su obligación de cumplimiento de la prestación si ésta resulta impedida por la presencia de un suceso que calificamos como constitutivo de una fuerza mayor o de un caso fortuito (*ad impossibilia nemo tenetur*); y, a su vez, proyectado dicho precepto sobre la responsabilidad civil extracontractual, el agente dañoso queda liberado de cualquier responsabilidad si el daño se debe igualmente a la presencia de una fuerza mayor o un caso fortuito.

Concebido el referido precepto para el tratamiento del incumplimiento contractual, su aplicación al ámbito extracontractual supone afirmar que los sucesos que determinan la imposibilidad del cumplimiento de la prestación contractual son, a su vez, los sucesos que están llamados, en principio, a impedir el nacimiento de la obligación extracontractual; y

ello es así porque tales sucesos constituyen la causa jurídica del daño, es decir, la causa jurídicamente relevante de la producción del daño.

Pero, adviértase que dicho precepto establece esa solución exoneradora salvo que la propia obligación o la ley establezca una solución distinta, con lo que, en la medida en que así esté previsto específicamente, tanto el deudor contractual como el agente dañoso puede incurrir en responsabilidad aunque el incumplimiento, en el primer supuesto, o el daño, en el segundo, se haya debido a una fuerza mayor o a un caso fortuito.

Son dos las salvedades con las que se exceptúa el principio general de la irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (*casus nemo praestatur*), constituida una por cualquier precepto especial que establezca una solución diversa; y constituida la otra por la voluntad de las partes negociales que pueden alterar el régimen legal, dado que el art. 1105 es precepto carente de carácter imperativo, quedando a la disposición de las partes alterar el régimen de exención que contempla con un carácter general. Naturalmente, de las dos salvedades, sólo la primera afecta (al menos, en términos sólitos y muy generales) al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

3.- Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: su diferenciación naturalística

Ahora bien, como señala Carlos LASARTE ÁLVAREZ, la circunstancia de que el art. 1105 C.c. no utilice los viejos conceptos de caso fortuito y fuerza mayor y recurra a unas expresiones perifrásticas [más bien descriptivas] para hacer referencia a ellos, plantea la cuestión relativa a la consistencia de tales sucesos, acontecimientos o eventos; y, en concreto, si refieren a una misma realidad, constituyendo conceptos equivalentes.

Aunque tales conceptos no aparecen en el art. 1105 C.c., se emplean con frecuencia en otros preceptos codiciales. Así, los arts. 1136, 1183, 1744, 1745 y 1836 se refieren al caso fortuito, mientras que los arts. 457, 1777, 1784, 1905 y 1908, 3º acogen la noción de la fuerza mayor, habiendo preceptos que acuden a ambos conceptos, refiriéndose a ellos con una fórmula copulativa de signo tautológico (arts. 1602 y 1625), aunque algún precepto (el art. 1575) hace referencia contrapuesta a los casos fortuitos ordinarios y a los casos fortuitos extraordinarios.

Así las cosas, hay que preguntarse si, efectivamente, los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito son sinónimos, para identificar, indistintamente, cualquier suceso imprevisible o cualquier suceso que, previsto, sea inevitable (tesis monista, unitaria o identitaria; sostenida en Francia por Jean-Charles DEMOLOMBE y por los hermanos Henri y Léon MAZEAUD), o si existe alguna diferencia entre ellos (tesis dualista). A tal efecto, nos vamos a abstener de entrar en toda la problemática doctrinal sobre su distinción conceptual, limitándonos a mencionar los criterios a los que tradicionalmente se ha acudido, sabiendo que ya en la época de los glosadores se discutía sobre la distinción, siendo muchos los que estimaban que era puramente escolástica y que carecía de la más mínima significación jurídica.

Un *primer criterio* es el de la mayor o menor gravedad (importancia, intensidad) del suceso, de forma que se estima que la fuerza mayor se integra con las hipótesis especialmente graves (intensos) de caso fortuito (Manuel ALBALADEJO GARCÍA). Adoptada esta perspectiva, la fuerza mayor es un caso fortuito particularmente grave, sea inevitable o no, sea externo o interno al círculo de la obligación de que se trate; y, por tanto,

el caso fortuito es una fuerza, no mayor, sino menor, aunque escapa igualmente a la voluntad del sujeto considerado.

Un *segundo criterio* (muy arraigado en los operadores jurídicos) considera que la fuerza mayor se identifica con el hecho de la naturaleza, con una fuerza sobrehumana (terremoto, maremoto, *impetus aquarum*), mientras que el caso fortuito es el hecho humano (*furtum, vis latronum, vis hostium, incursus hostium*) –tal es la tesis a la que se atuvieron Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN GALLIFA y José-María MANRESA NAVARRO–, e incluso se emplean tales conceptos al revés, parificando la fuerza mayor con el hecho humano y el caso fortuito con la fuerza natural (en Francia, Victor-Léon MARCADÉ).

Un *tercer criterio* radica en la *evitabilidad mediante la previsión*. Según este criterio, el caso fortuito impide el cumplimiento de la obligación porque su concurrencia no era previsible empleando una diligencia normal, de modo que, de haberse previsto, habría podido evitarse (*casus quos nullum humanum consilium praevidere potest*); la fuerza mayor constituye, en cambio, un suceso que, aunque hubiera sido previsto, no habría podido evitarse (*vis cui resisti non potest*), porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ella (incendio, terremoto, guerra), poniéndose el acento, no en la falta de previsibilidad, sino en la irresistibilidad, es decir, en la idea de coacción o inevitabilidad. Se trata de una distinción que tiene apoyo en la definición de sucesos que contempla el art. 1105 C.c.

Un *cuarto criterio* radica en la *procedencia u origen del hecho que impide el cumplimiento*. Si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, constituye una fuerza mayor (huracán); y, si es interna, se trata de un caso fortuito (avería de una máquina). Como acontecimiento de orden interno, el caso fortuito exige probar que se ha producido pese a haberse actuado diligentemente; mientras que la fuerza mayor, como acontecimiento de orden externo, implica de suyo que no podría haberse evitado el suceso aún actuando con completa diligencia. Con ello se apunta que el caso fortuito –dado que puede no serlo– hay que demostrarlo, mientras que la fuerza mayor –dado su carácter absoluto– se demuestra por sí misma.

Cuando los hechos imprevisibles, o los previstos pero inevitables, producen el mismo efecto exonerador (al identificarse con la ausencia de culpa), la diferenciación de ambas figuras carece de trascendencia práctica, no siendo por ello una verdadera clasificación jurídica. Señala Francisco JORDANO FRAGA que en estos casos diferenciar la fuerza mayor y el caso fortuito constituye un entretenimiento o divertimento de carácter académico, pero estrictamente inútil.

4.- Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: su diferenciación jurídica. Fuerza mayor *lato sensu* y fuerza mayor *stricto sensu*. Fuerza mayor externa (extraña) y fuerza mayor interna (propia)

Pero la distinción cobra sentido jurídico cuando unas fuerzas mayores (o casos fortuitos) son exoneradoras y otras no, teniendo, pues, efectos diferentes. En estos supuestos, es decir, cuando el tratamiento de la fuerza mayor no es isonómico, se reserva el concepto de fuerza mayor para las fuerzas (o casos) liberadoras y el concepto de caso fortuito para las fuerzas (o casos) que no lo son. Se están entonces ante una clasificación verdaderamente jurídica.

Tal sucede, en el ámbito de la responsabilidad de los fondistas o mesoneros, pues, de acuerdo con el art. 1784, responden por los daños que los criados o dependientes, e incluso los extraños, causen en los efectos introducidos por los viajeros, pero no responden si se

han producido por un robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor, respondiendo, por tanto, por caso fortuito (fuerza mayor inserta en el propio riesgo hotelero), y no por fuerza mayor (extraña), según puntualiza la doctrina.

En sede de responsabilidad extracontractual podría, en principio, afirmarse que la fuerza mayor y el caso fortuito tienen una idéntica virtualidad exoneradora. Sin embargo, estos conceptos deben diferenciarse en determinados supuestos, ya que la eficacia liberante se reserva a la fuerza mayor y se niega al caso fortuito. Por ello, el argentino Mario-César GIANFELICI afirma que la diferenciación conceptual entre caso fortuito y fuerza mayor constituye, no una exquisitez teórica, sino una realidad funcional que tiene gran importancia práctica; y Adolfo de MIGUEL GARCILÓPEZ advertía que, para la doctrina de la responsabilidad por riesgo, es de capital relevancia la delimitación de estos conceptos, porque existe responsabilidad civil por los daños fortuitos y no por los derivados de una fuerza mayor. En los supuestos de responsabilidad objetiva, en los que la culpa no constituye presupuesto necesario del deber de resarcir (condición suficiente pero no necesaria), la fuerza mayor extraña exonera porque la relación de causalidad externa impide la atribución del daño al sujeto considerado. El caso fortuito (en sentido estricto) debe soportarlo el agente dañoso, porque la *casualidad* (de *casus*) interna se inserta en la *causalidad*. Por ello, la responsabilidad objetiva recibe las denominaciones de “responsabilidad por el caso fortuito”, “responsabilidad casual” o “responsabilidad inevitable”. Fue precisamente en el ámbito de la responsabilidad objetiva (responsabilidad de los *nautæ, caupones, stabularii*) donde se sintió la necesidad del distingo conceptual y el que, por ende, lo inspiró.

En este sentido, la STS de 30 de septiembre de 1983 destacó que, aunque la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no está recogida en el art. 1105 C.c., se hace necesaria para los arts. 1905 y 1784 C.c., por tratarse de los tipos cualificados previstos como salvedad (parcial) en aquel precepto, de modo que el daño debido a un caso fortuito entra de lleno en el ámbito de la imputación por el riesgo desplegado, siendo exoneradora sólo la fuerza mayor contemplada en tales precepto, la cual es un caso fortuito cualificado al que se concede valor liberatorio. A su vez, la STS de 28 de enero de 1986 consideró que el art. 1905 C.c. contempla una responsabilidad de carácter no culpabilista, por el riesgo inherente a la utilización del animal, que procede por la mera causación del daño, pero con exoneración en los singulares casos de fuerza mayor (lo que significa *exclusión del caso fortuito*) y culpa del perjudicado. El caso fortuito no exonera, pues, de responsabilidad, por lo que, en sede de responsabilidad objetiva (basada en el riesgo), no es aplicable el brocardo *casus fortuiti a nemine præstantur*.

Situados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y con referencia a las actividades de riesgo específico, se ha impuesto el criterio de que la diferencia entre ambas figuras debe establecerse partiendo de un criterio objetivo (origen del suceso) y no subjetivo (grado de inevitabilidad o imprevisibilidad), porque es el único que resulta razonable desde la perspectiva de la causalidad jurídica ligada a tales actividades.

Partiendo de que las nociones de fuerza mayor y caso fortuito coinciden en que suponen ausencia de culpa (*quæ sine culpa accidunt*; de ahí la frase de Publio-Tulio CICERÓN: *nullum crimen est in casu*), el criterio diferenciador tiene su eje en su relación con la actividad o círculo afectado, de modo que si el acontecimiento imprevisible, o el previsible pero inevitable, tiene lugar dentro de él (en su concreta esfera), estamos ante un caso fortuito, y, si se origina fuera (al margen de su concreta esfera), ante una fuerza mayor. Se atiende, pues, a la procedencia interna o externa del obstáculo que impide el cumplimiento del deber genérico que impone el *alterum non lædere*.

Sin perjuicio de sus diversos matices, tal fue el criterio propuesto por Adolf EXNER, Vittorio-Emanuele ORLANDO, Andreas von TUHR, Louis JOSSERAND, Theodor SÜSS y Pietro TRIMARCHI, con antecedentes en Augustin von LEYSER y Christian-Frederich GLÜCK; y es el adoptado tardíamente por los primeros autores españoles que abordaron técnicamente la materia (Adolfo de MIGUEL GARCILÓPEZ y Francisco FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO), siendo aceptado asimismo por una serie sucesiva de autores, hasta convertirse en criterio prácticamente general (Blas PÉREZ GONZÁLEZ/José ALGUER MICÓ, Francisco BONET RAMÓN, Federico PUIG PEÑA, José PUIG BRUTAU, José-Luis LACRUZ BERBEJO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Ángel-Fernando PANTALEÓN PRIETO, Luis-Fernando REGLERO CAMPOS, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Fernando PEÑA LÓPEZ); y, con gran precisión, por la doctrina administrativista de la mitad del siglo XX (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, José-Luis VILLAR PALASÍ y Jesús LEGUINA VILLA).

Tomando este criterio como punto de partida, la diferencia no es, en términos generales, difícil de apreciar, aunque hay supuestos problemáticos, más o menos fronterizos. Pero, para la generalidad de los casos, el problema suele ser de cariz terminológico, semántico tan solo. Lo que hemos de tener presente es que, partiendo del término *fuerza mayor* en su sentido genuino, como acontecimiento imprevisible o previsible pero inevitable, si el suceso indica *exterioridad*, *externidad*, *extraneidad* o *ajenidad* (fuerza mayor extraña, extravagante, albarránea, extrínseca o exógena; ajena al riesgo desplegado), nunca habrá responsabilidad extracontractual. Si, por el contrario, indica *interioridad*, *internidad* o *propiedad* (fuerza mayor interna, intrínseca o endógena; propia del riesgo desplegado, generada en su seno, círculo o concreta esfera de actividad) estaremos ante un caso fortuito que sería liberatorio en sede de responsabilidad subjetiva (pues supone ausencia de culpa), pero que no puede serlo en sede de responsabilidad objetiva, dado el rango atributivo que por definición se le adjudica dentro de este subsistema.

La diferenciación resulta matizada, si se tiene presente que el caso fortuito supone, en definitiva, la imputación de responsabilidad por aquellos daños causados que son consecuencia del *riesgo típico* de la actividad peligrosa desarrollada. De ello deriva que el daño originado por un factor extraño al riesgo típicamente asociado a una determinada actividad no sea adjudicado al agente que lo moviliza, por estimarse que tiene su causa en una fuerza mayor.

Nos encontramos así con que la diferenciación de los conceptos fuerza mayor y caso fortuito (fuerza mayor externa, la primera, y fuerza mayor interna, el segundo; fuerza mayor ajena al riesgo desplegado, la primera, y fuerza mayor propia del riesgo desplegado, el segundo; fuerza mayor extraña al riesgo desplegado, la primera, y fuerza mayor que se sitúa en la entraña del riesgo desplegado, la segunda; fuerza mayor atípica en relación con el riesgo desplegado, la primera, y fuerza mayor típica de dicho riesgo, la segunda), para adjudicarles, respectivamente, un efecto exonerador y un efecto onerador es absolutamente fundamental, erigiéndose en presupuesto imprescindible del subsistema de responsabilidad por riesgo, pues, si se negara virtualidad exoneradora a cualquier fuerza mayor, estaríamos ante una responsabilidad objetiva pura, extremada, absoluta o exacerbada y, a su vez, si se adjudicara virtualidad exoneradora a cualquier fuerza mayor, estaríamos ante una responsabilidad subjetiva en la que el título de imputación estaría constituido exclusivamente por la culpa (aunque se presumiera) y no por el riesgo desplegado, ya que, como dice Fernando PEÑA LÓPEZ, la determinación de la responsabilidad civil en función de un criterio objetivo de imputación es por completo incompatible con el reconocimiento de que el agente dañoso quede liberado siempre que acredite que el daño se debió a un

suceso imprevisible o irresistible, en cuanto que ello supone que sólo puede ser declarado responsable en virtud de su negligencia (falta de diligencia), es decir, en virtud de una actuación culpable. Por eso dice Luis-Fernando REGLERO CAMPOS que, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, el concepto de caso fortuito aparece dotado de un significado propio que lo diferencia del concepto de fuerza mayor (extraña), pues sólo así se consigue la conceptualización del específico campo en que se responde sin culpa.

5.- Las variables terminológicas relativas al hecho causal de la fuerza mayor. La convencionalidad de los conceptos empleados (*nomen* y *caro*)

Adolf EXNER destaca que los diversos términos con que se expresa el concepto de fuerza mayor corresponden a la traducción de los conceptos empleados en el *Corpus iuris civilis*. Así, *vis maior* [lo que supone que hay una *vis minor*], *vis magna*, *casus*, *casus maior* [lo que supone que hay un *casus minor*], *vis cui resisti non potest*, *vis divina*, *vis naturalis*, *fatum*, *fatalitas*, *sors*, *fors*, *subitus eventus*, *inopinatus eventus*; y considerando sus efectos maléficos: *damnum fatale*, *detrimentum fatale*, *damnum providentiale*. Felipe-Clemente de DIEGO GUTIÉRREZ decía en sus explicaciones de clase que, atendiendo al origen de la fuerza [factor que se sobrepone a la voluntad del sujeto considerado], los juristas han hablado de caso divino, natural, humano y bestial, distinguiendo también los casos ordinarios, sólitos o acostumbrados y los casos extraordinarios, insólitos o desacostumbrados.

Desde un punto de vista técnico, hay que partir de un *concepto amplio de fuerza mayor* que es cualquier suceso encajable en los dos miembros de la definición descriptiva del art. 1105 C.c., pero, cuando estamos ante la presencia de actividades dañosas de riesgo específico, sometidas al régimen de objetividad atenuada, hay que distinguir dos especies de fuerza mayor, la que es extraña al riesgo específico desplegado y la que se inserta dentro de él. El criterio más generalizado es denominar fuerza mayor en sentido estricto a la *fuerza mayor extraña* y denominar caso fortuito a la *fuerza mayor interna*. De esta forma, si, para referirnos a la fuerza mayor en sentido estricto, hablamos sólo de fuerza mayor (cual lo hace el art. 1905 C.c.), tendríamos que decir que el caso fortuito es una fuerza menor. En todo caso, cuando se manejan estos conceptos, hay que atender a lo que con ello quiere decirse, prescindiendo de los equívocos nominalistas de sus significantes (*nomen*) y atendiendo a su verdadero significado (*caro*), porque, como ya dijera el jurisconsulto romano Publio-Juvencio CELSO (*Digesto*, 1, 3, 17), comprender las leyes no es atenerse a sus palabras, sino a la potencia y valor de su sentido (*scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*).

No hay ningún inconveniente en llamar caso fortuito a la que aquí denominamos fuerza mayor en sentido amplio, con lo que habría que distinguir entre un caso fortuito propio del riesgo desplegado y un caso fortuito extraño a él, siendo el primero un caso fortuito mayor o extraordinario y siendo el segundo un caso fortuito menor, común u ordinario. Se emplea tal denominación, cuando algún precepto del C.c. (como el art. 1575, referente al arrendamiento rústico) diferencia el caso fortuito común u ordinario del caso fortuito no común o extraordinario, siendo el primero, tendencialmente, el de procedencia interna y siendo el segundo el de procedencia externa, insertándose en el segundo concepto, según ejemplificación del propio precepto, el incendio, la guerra, la peste, la inundación insólita, la langosta y el terremoto. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el jurista francés Antonio FABRO –Antoine FAVRE, Antonius FABER (1557-1624)– empleó la expresión *casus extrinsecus*, con lo que es claro que se contrapone al *casus intrinsecus*.

Pero debe insistirse en que hay preceptos que hablan de la fuerza mayor, sin adjetivación alguna, para referirse, no a cualquier fuerza mayor, sino sólo a la de procedencia externa, a la que es extraña al riesgo desplegado. Por eso, cuando los preceptos del C.c. o de las Leyes especiales utilizan el concepto de fuerza mayor o el de caso fortuito, hay que indagar, de acuerdo con la propia estructura del precepto considerado y la razón de ser de su mandato, si se refieren a cualquier fuerza mayor o caso fortuito, utilizando estas expresiones en su más amplio sentido, o se refieren sólo a la fuerza mayor externa o caso fortuito extrínseco. A tal efecto, es fundamental retener que el principio institucional del riesgo específico como título de atribución exige que la fuerza mayor extraña sea exoneradora y que la fuerza mayor propia del riesgo cumpla una función onerosa.

Legalmente, el concepto de fuerza mayor extraña apareció en la legislación de los accidentes de trabajo, para hacerse referencia al efecto liberador de la fuerza mayor extraña al trabajo (art. 2 de la Ley de 30 de enero de 1900); luego se acogió en la disciplina reguladora de la responsabilidad civil automovilística, a partir del art. 39 de la Ley de uso y circulación de vehículos a motor, de 24 de diciembre de 1962, hoy párrafo segundo del art. 1.1 del T. R. de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo de 29 de octubre de 2004; y seguidamente lo registró la disciplina reguladora de la responsabilidad civil del cazador armado (art. 33.5 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; y la especificación contenida en el art. 35.6 a, inciso segundo, del Reglamento para la ejecución de dicha Ley, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo).

Pero antes de que se acuñara el concepto de fuerza mayor extraña en la disciplina reguladora de la responsabilidad civil automovilística mediante una norma que constituye la mejor expresión de la fórmula propia de la responsabilidad por riesgo, se introdujo el concepto doctrinalmente en el ámbito de la legislación reguladora de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, cuando se adjudicó su cabal sentido a la cláusula general de que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; fórmula que, incluida en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (hoy art. 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992) perfeccionaba la que había incluido el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, con el añadido de la virtualidad exoneradora de la fuerza mayor y la puntualización de que la cláusula se proyectaba sobre cualesquiera bienes o derechos, sin circunscribirse a los susceptibles de expropiación forzosa.

Con la precisión que le caracteriza, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA se ocupó de puntualizar que, a los efectos de la doctrina del riesgo, el caso fortuito se define por contraposición a la fuerza mayor y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan la fuerza mayor; diferenciación de la que, bastantes años después de introducirse la nueva disciplina, se hizo eco la STS (Sala 3ª) de 15 de febrero de 1968 (Pte. Excmo. Sr. Pérez Frade) al declarar que, cuando se trata de la responsabilidad por un “riesgo administrativo”, es preciso distinguir entre lo que fatalmente se debe a factores externos (fuerza mayor) y lo que se debe a eventos internos, intrínsecos, ínsitos al funcionamiento de los servicios públicos (caso fortuito); sentencia a la que siguieron las de 23 de octubre de 1969 (Sala 4ª, Pte. Excmo. Sr. Bermúdez Acero), 11 de febrero de 1974 (Sala 4ª, Excmo. Sr. Gordillo García), 8 de julio de 1982 (Sala 3ª, Pte. Excmo. Sr. Botella

Taza), 4 de marzo de 1983 (Sala 3ª, Pte. Excmo. Sr. Fernández Santamaría), 12 de marzo de 1984 (Sala 4ª, Pte. Excmo. Sr. Martín Ruiz), 12 de julio de 1985 (Sala 4ª, Pte. Excmo. Sr. Díaz Eimil) y 28 de julio de 1986 (Sala 3ª, Pte. Excmo. Sr. Pérez Fernández), quedando definitivamente consolidada la distinción señalada.

En todo caso, interesa dejar constancia de que la correcta comprensión de esa cláusula general contenida en el precepto administrativo señalado, lleva a considerar que la diferenciación, dentro del ámbito de la actuación administrativa dañosa, de una fuerza mayor estricta o extraña y una fuerza mayor propia o caso fortuito, con virtualidad exoneradora la primera y sin ella la segunda (antes bien, con virtualidad oneradora), sólo tiene sentido respecto de las actuaciones administrativas de riesgo específico, al igual que sucede en el ámbito de la responsabilidad civil de los particulares, pues son precisamente esas actuaciones dañosas las únicas que están sometidas a un principio de responsabilidad objetiva atenuada sólo por el efecto liberador de tal circunstancia y de la causa exclusivamente proporcionada por la víctima.

6.- La identificación concreta de la fuerza mayor extraña y el carácter relativo o relacional del concepto

Según ha resaltado la doctrina, los ejemplos clásicos (históricos) de caso fortuito son el hurto, la fuga de un animal y la fuga de un esclavo, mientras que el robo a mano armada (*rapina*), los ataques de piratas, el naufragio y el incendio son supuestos de fuerza mayor, aunque se matiza, respecto de estos dos últimos, que son las circunstancias particulares las que permiten establecer si constituyen una figura u otra. A su vez, Louis JOSSERAND dice que son ejemplos de fuerza mayor la niebla, la tempestad, la inundación, una tromba de agua, la lluvia copiosa y persistente, el estado de guerra, la invasión, el bandolerismo, la revolución, el motín, el hecho del príncipe (el *factum principis*, es decir, la orden de la autoridad) y el hecho de tercero, mientras que son supuestos de caso fortuito el incendio, la explosión de una caldera, la rotura de una biela, las averías de material, la rotura de la cubierta de la rueda de un automóvil, el hielo, la avispa que pica al conductor de un vehículo de motor y el patinazo de un automóvil; y, para explicar esa diversificación, dice que, por su carácter de exterioridad, la fuerza mayor se opone no sólo a la culpa, sino también al caso fortuito, que es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de una concreta esfera de riesgo. De todas formas, debe aclararse que es ciertamente constitutivo de caso fortuito el acontecimiento anónimo que se sitúa en el interior de una concreta esfera de riesgo, pero que lo es también cualquier acontecimiento que se produzca dentro de ese círculo, aunque no se caracterice por el anonimato.

Theodor SÜSS señala que el fallo de un freno constituye un peligro típico del automóvil, el descarrilamiento de un tren, la explosión de una caldera o el incendio ocasionado por las chispas de una locomotora son peligros típicos del ferrocarril; y que, en cambio, los accidentes automovilísticos o ferroviarios producidos por un rayo o por un terremoto descansan causalmente en una fuerza mayor, puesto que tales peligros no son típicos respecto del funcionamiento del automóvil o del ferrocarril. A su vez, el hecho de que un avión se estrelle por el efecto de un rayo o porque un ave se introduzca en el motor y el hecho de que un rayo alcance un poste eléctrico, se insertan en el área de los riesgos típicos de esas actividades y, por lo tanto, no son constitutivos de una fuerza mayor extraña.

El concepto de fuerza mayor extraña es por ello un concepto plástico (Fernando de TRAZEGNIES GRANDA), relativo, correspectivo o relacional, pues va ligado a las propias características del riesgo específico de que se trate, por lo que hay que acudir a la circunstancialidad de cada caso para concretar si se está ante una fuerza mayor extraña al

riesgo desplegado o ante una fuerza mayor propia de dicho riesgo. Un siniestro automovilístico producido por un rayo aparece ligado a una fuerza mayor extraña porque el rayo queda fuera del riesgo típico en que consiste la circulación de un automóvil, mientras que un siniestro de aviación producido por un rayo es un siniestro afectado por una fuerza mayor endógena porque pertenece al ámbito propio del riesgo típico en que consiste la navegación aérea, con lo que queda claro que no puede interpretarse el requisito de la exterioridad de forma apriorística o mecánica, sino en relación con la esfera típica del riesgo de que se trate.

Francesco REALMONTE resalta que el concepto de “riesgo típico” se caracteriza por su “elasticidad estructural” que lo configura como una cláusula general que el juez ha de concretar, caso por caso, en relación con la actividad peligrosa de que se trate.

Pero debe quedar claro que no es que en cada caso concreto, en atención a sus específicas circunstancias, corresponda a la autoridad judicial determinar si se está ante una fuerza mayor extraña o ante una fuerza mayor intrínseca, sino que esa determinación debe efectuarse en relación, no con cada caso concreto, sino con las características de cada riesgo específico, de tal manera que se cumplan las razones de seguridad en orden a identificar razonablemente la fuerza mayor liberadora y el caso fortuito onerador.

Al igual que hay supuestos en los que resulta problemático decidir si se está ante una actividad intrínsecamente peligrosa o no, tampoco resulta fácil acudir a fórmulas inequívocas que sirvan para diferenciar si una fuerza mayor es extraña al riesgo o es propia del mismo. A los efectos de su diferenciación, no basta con acudir a las notas de exterioridad y absoluta irresistibilidad, porque hay riesgos en los que estas notas no definen el factor constituido por una fuerza mayor liberadora, ya que el dato determinante es si se trata de una fuerza inserta fuera de la tipicidad del propio riesgo. Por eso es la tipicidad la nota definitiva, sin que sea suficiente la exterioridad y la irresistibilidad. De ahí que, a los efectos de precisión en el lenguaje, sea preferible decir que la fuerza mayor estricta, la que es liberadora, es la fuerza mayor extraña, porque la extraneidad o ajenidad es nota más significativa (definitoria) que la de la simple exterioridad. De acuerdo con ello, cuando se está ante una fuerza mayor típica de la índole del riesgo desplegado, dado que constituye una fuerza mayor propia del mismo, es una fuerza mayor oneradora y no exoneradora, constituyendo, pues, un caso fortuito.

7.- La virtualidad oneradora del caso fortuito en la responsabilidad objetiva atenuada

Frente a la tesis vulgarizada de que la responsabilidad civil por riesgo –como manifestación de responsabilidad civil objetiva– es una responsabilidad civil sin culpa, debe quedar claro que se trata de una responsabilidad civil aunque no haya culpa, lo que quiere decir que la culpa es una condición suficiente pero no necesaria para declarar la responsabilidad civil ligada a un determinado riesgo específico.

Así las cosas, el rango atributivo del riesgo puede deberse a que el daño constituya una realización culpable de dicho riesgo, de tal manera que, dentro del riesgo como título de imputación, opera como criterio prioritario el de la culpa, para, a su vez, en caso de inexistencia de culpa y deberse el daño a un caso fortuito, es decir, a una fuerza mayor propia del riesgo desplegado, predicarse también la responsabilidad civil del artífice del riesgo, como supuesto de realización casual del riesgo desplegado. Por eso, debe afirmarse que la responsabilidad por riesgo es responsabilidad por culpa más responsabilidad por caso fortuito, de tal manera que no es que el caso fortuito no constituya una circunstancia

exoneradora de la responsabilidad civil, sino que constituye una circunstancia verdaderamente onerosa de la misma.

Dada la diversa virtualidad de la fuerza mayor extraña al riesgo desplegado (fuerza mayor en sentido estricto) y de la fuerza mayor propia de dicho riesgo (caso fortuito), exoneradora la primera y onerosa la segunda (salvo que la haya proporcionado la propia víctima), se comprende que haya de decirse que la fuerza mayor es una condición necesaria pero no suficiente para eximir de responsabilidad civil al agente dañoso.

Así pues, insistimos, la culpa es condición suficiente pero no necesaria para imputar; y la fuerza mayor es condición necesaria pero no suficiente para exonerar. Por eso, para que se libere de responsabilidad civil quien realiza un daño con ocasión del desenvolvimiento de una actividad intrínsecamente peligrosa o por el uso de una cosa en sí descontrolable, es absolutamente imprescindible que el daño se haya producido en virtud de una fuerza mayor, pero no cualquier fuerza mayor, sino sólo la que sea extraña al riesgo desplegado o la que, siendo propia del mismo, haya sido proporcionada por la víctima.

8.- La singularidad de los riesgos de desarrollo y la tipificación normativa excepcional de su efecto exonerador. Sus concretas manifestaciones positivas, como excepción a la virtualidad onerosa del caso fortuito

El art. 6.1 e) de la Ley de Responsabilidad civil por Productos Defectuosos, de 6 de julio de 1994, establece que el fabricante o el importador de un producto defectuoso no es responsable por los daños que cause un defecto cuando su existencia no era apreciable de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación. A su vez, el art. 6.3 dispone que, en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables no podrán invocar la anterior causa de exoneración.

El primero de los preceptos se corresponde con el art. 7 e) de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En él se establece que el productor no será responsable del daño derivado del defecto de un producto si demuestra que, en el momento de su puesta en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia de tal defecto. A su vez, el art. 15.1 b) dispone que, no obstante lo dispuesto en aquel otro, la legislación de cada Estado podrá disponer que el productor sea responsable del daño incluso si se demuestra que, en el momento en que puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto. De esta forma, vemos que el Legislador español ha hecho un uso sólo parcial de la autorización exoneradora contenida en la señalada Directiva, pues la exoneración no alcanza a los medicamentos ni a los productos alimentarios.

Por otro lado, el art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, dispone que las Administraciones Públicas indemnizarán las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, añadiendo su inciso segundo (introducido por la Ley de 13 de enero de 1999) que no son indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento

de su producción, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que puedan establecerse.

Estamos ante los que se denominan “riesgos de desarrollo”; fórmula simplificada con la que se hace referencia a los riesgos que, ligados a un producto (o a una concreta actividad), sólo se conocen gracias al progreso técnico y científico que se alcanza después de que el producto considerado fuera lanzado al mercado (o después de haberse realizado la concreta actividad de que se trate). Riesgos de desarrollo son, pues, los que están ligados a un producto (o actividad), cuyo defecto era irreconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación (o realización). La idea es que la experiencia demuestra que se fabrican y lanzan al mercado para su consumo productos que, de acuerdo con los conocimientos científicos existentes al tiempo de su fabricación y comercialización son reputados inocuos y que, no obstante, al cabo del tiempo, se descubre que eran nocivos, explicándose su nocividad sólo en virtud del hallazgo posterior del conocimiento científico.

El daño ligado a un riesgo de desarrollo se produce sin intervención de culpa alguna por parte del agente dañoso; y la virtualidad exoneradora que se predica de tal circunstancia (excusa absolutoria, según la expresión de Santiago CAVANILLAS MÚGICA) tiene sentido naturalmente en relación con la responsabilidad civil por riesgo específico, constituyendo una excepción al régimen que le es propio, por lo que la regla que la establece no puede ser objeto de interpretación extensiva ni de aplicación analógica.

Sentado que la circunstancia constitutiva de un riesgo de desarrollo es una fuerza mayor que excluye, desde luego, la culpa del agente dañoso (precisamente porque es una fuerza mayor; si hubiera culpa, sería imposible hablar de fuerza mayor), se trata de ver si constituye una fuerza mayor interna, propia del riesgo desplegado, por tener lugar dentro de la esfera de control del agente dañoso, o si constituye una fuerza mayor externa, extraña al riesgo desplegado, por quedar fuera de tal esfera.

Si el riesgo de desarrollo constituyera una fuerza mayor extraña, no se plantearía la singularidad de su virtualidad exoneradora, porque, por definición, la fuerza mayor extraña la tiene siempre; y, si se plantea su singularidad, es precisamente porque constituye una fuerza mayor interna que, excepcionalmente, se sustrae al rango atributivo del caso fortuito. El riesgo del desarrollo es un riesgo propio del producto, está en su entraña, y no es por eso un riesgo extraño a él. Se parte de que en el momento de fabricarse y comercializarse el producto, había una *communis opinio* científica sobre su inocuidad, pero, pese a ello, se caracterizaba por su nocividad intrínseca, aunque ésta sólo se aprecia y se explica científicamente después, por lo que, originariamente, era por completo imprevisible (*quid ignotum*) y, como tal, inevitable.

La previsión normativa excepcional de la virtualidad exoneradora de los daños ligados a los riesgos de desarrollo responde a una decisión de política jurídica que, como queda dicho, altera el régimen general de la responsabilidad civil por riesgo, pues estamos ante un caso fortuito que tiene virtualidad exoneradora y no oneradora, que es el efecto típico de la fuerza mayor propia del riesgo desplegado. La realización de un riesgo de desarrollo se produce como consecuencia de una fuerza mayor endógena que, no obstante, funciona como una fuerza mayor extraña, debido a su extrema o absoluta inevitabilidad.

Conviene, no obstante, insistir en este punto, para captar la significación de la virtualidad exoneradora que se asocia en los preceptos antes señalados, a los riesgos de desarrollo, sin condicionamiento alguno en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las

Administraciones Públicas y con la previsión de una excepción a la excepción en el ámbito de la responsabilidad civil de los particulares por los daños ligados a los productos defectuosos.

Según expresa la exposición de motivos de la Ley 4/1999, el añadido del segundo inciso del art. 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, constituye una mera precisión en relación con la excepción general de la fuerza mayor; declaración que es más política que jurídica, dado que con ella se pretende, de un lado, disimular los efectos de la mutación introducida y, de otro, coadyuvar a su eficacia retroactiva. Como si no se quisiera dar una gran importancia a la novedad introducida, se dice simplemente que “se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad”.

Pero señala Ángel-Fernando PANTALEÓN PRIETO que ello no es así, ya que se trata de una reforma con la que, en su concepto, se pone en cuestión el carácter objetivo de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas, pues, naturalmente, el riesgo de desarrollo corresponde a una circunstancia que no es constitutiva de una fuerza mayor liberadora de por sí, dado que faltan las notas de exterioridad e irresistibilidad, siendo un supuesto de caso fortuito caracterizado por la interioridad y la inevitabilidad. Sentado ello, advierte dicho autor que lo importante es averiguar por qué el perjudicado debe soportar el daño derivado de un hecho imprevisible o inevitable, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de su producción; y apunta que la respuesta puede consistir en que se está ante un supuesto en el que la culpa de la Administración Pública brilla por su ausencia, con lo que, adoptada tal perspectiva, no puede afirmarse ya que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas sea estrictamente objetiva.

La señalada interpretación se pone al servicio del neoculpabilismo atributivo de su autor, según se aprecia, desde luego, cuando dice que resulta injustificado que se mantenga una responsabilidad civil objetiva para los accidentes de circulación, habida cuenta que, aunque los automóviles son, ciertamente, artefactos muy peligrosos, su circulación se ha convertido ya en un “riesgo común”, tratándose de un peligro que la mayoría de los ciudadanos, propietarios de un automóvil, hacen correr a los demás, con lo que parece que la imputación de acuerdo con el riesgo específico sólo ha de producirse en la medida en que éste se desenvuelva sin generalización, cuando lo cierto es lo contrario, pues la generalización justifica todavía más la necesidad de acudir al criterio de la imputación objetiva atenuada. Con tal interpretación, no se explica, además, que resten todavía otros muchos supuestos en los que la Administración Pública tiene que reparar los daños causados sin la mediación de culpa, por hechos que se deban a un caso fortuito distinto al que específicamente refiere el riesgo de desarrollo.

La clave de la exención del ente público, cuando el daño producido constituye la realización de un riesgo del desarrollo, radica, no en la ausencia de culpa, como viene a apuntar el profesor PANTALEÓN, sino en la absoluta inevitabilidad del daño, que es nota característica por definición de la fuerza mayor extraña.

Por ello Oriol MIR PUIGPELAT se acerca a la justificación de la excepción cuando dice que el daño por funcionamiento normal de un servicio público ha de ser resarcido siempre que, sin actuación culposa por parte de la Administración Pública, haya habido un funcionamiento “fallido” del servicio, cuya irregularidad no se habría producido si se hubiera contado con recursos económicos absolutamente ilimitados o los servidores públicos fueran absolutamente infalibles. Con ello, se aproxima a la razón justificativa de la

excepción, pues se está ante un *casus* que se caracteriza por su absoluta inevitabilidad, de modo que, aunque se adoptaran las más extremas medidas de cautela, no se habría evitado la producción del daño, por lo que precisamente el carácter hipostático de la fortuidad (la absoluta inevitabilidad) justifica que reciba el tratamiento propio de la fuerza mayor externa. Porque ni siquiera con la dedicación de recursos económicos ilimitados se habría conseguido alcanzar el conocimiento científico o técnico que permitiera evitar la producción del daño.

Téngase en cuenta que la diferencia entre la fuerza mayor externa (extraña) y la fuerza mayor interna (propia del riesgo desplegado) radica en que la primera se caracteriza por la absoluta irresistibilidad –teórica y práctica–, mientras que la segunda se caracteriza por una irresistibilidad que opera como absoluta pero que ciertamente no lo es, porque es práctica pero no teórica, dado que, desde un plano teórico, podría evitarse su presencia mediante la adopción de medidas completamente extremas de precaución.

Para captar lo que decimos, puede ser útil poner el ejemplo del accidente de circulación que se produce por la súbita avería de los frenos de un vehículo. La avería puede deberse a un defectuoso entretenimiento del vehículo, en cuyo caso el daño se debe a una realización culpable del riesgo desplegado. Pero, si se trata de una avería surgida en un vehículo que recibía un entretenimiento normal (el exigible a cualquier buen usuario de un vehículo), estamos ante la realización fortuita del riesgo desplegado, por lo que, debiéndose el daño al propio riesgo, su artífice es responsable del mismo. Es inequívoco que si el conductor del vehículo, antes de ponerlo cada día en circulación, lo hubiera llevado al mejor taller especializado, para que se le revisaran los frenos, produciéndose la revisión correcta, es (casi) imposible que se produjera la avería. Pues bien, esto es lo que precisamente no sucede con los riesgos de desarrollo, pues, en el momento en que el producto se fabrica y se comercializa con su puesta en circulación, es absolutamente imposible conocer que encerraba defecto. Es esta absoluta imprevisibilidad y, por tanto, su absoluta inevitabilidad, la que justifica técnicamente que, aunque se esté ante un riesgo propio del producto, se le adjudique el efecto exonerador propio de la fuerza mayor extraña, excluyéndola del riesgo propio del producto considerado.

Debe ponderarse, en este sentido, que, como apunta Ángel CARRASCO PERERA, el caso fortuito encierra siempre la posibilidad de una sospecha de culpa que no existe cuando el suceso consiste en una fuerza mayor extraña al riesgo desplegado; y por eso, dado que en el supuesto de los daños ligados a un riesgo de desarrollo, no puede existir en absoluto tal sospecha, se comprende que, aunque constituye un caso fortuito, reciba el tratamiento exonerador propio de la fuerza mayor extraña.

Luis DÍEZ-PICAZO se plantea la comprensión de la virtualidad exoneradora de los riesgos de desarrollo, en relación con la responsabilidad civil por los daños debidos a los productos defectuosos, apuntando que puede sostenerse que se responde por ellos siempre que el defecto sea controlable, es decir, siempre que sea previsible, por lo que no puede existir responsabilidad por encima del nivel científico o tecnológico existente en el momento de la fabricación del producto. Pero, con buen criterio, arguye que tal planteamiento es inaceptable, porque supondría retornar, por lo menos parcialmente, a criterios de responsabilidad por culpa, pues es evidente que, al medir la responsabilidad por los niveles de los conocimientos científicos o técnicos, se está estableciendo un canon de diligencia que se cumple (no se incumple) cuando el defecto del producto era inevitable de acuerdo con los niveles señalados de los conocimientos científicos o técnicos. Efectúa así el mismo análisis que Ángel-Fernando PANTALEÓN, con la diferencia de que éste acepta el retorno a la subjetividad, mientras que aquél lo desecha.

Así las cosas, señala que el tema de los riesgos de desarrollo no puede resolverse con criterios estrictos de técnica jurídica, sino que exige una decisión política (de política económica), pues, si se otorga prioridad a la reparación de los daños causados, proporcionando tutela a la víctima, se configuraría un factor que frenaría un desarrollo que para la sociedad general es imprescindible, siendo ésta la razón por la que la Directiva Comunitaria 374/85 permite que los países miembros de la Unión Europea adopten en este punto decisiones flexibles, aun a costa de dejarse de cumplir de forma plena su función uniformadora.

Tiene razón el señalado maestro, en cuanto a incardinar la virtualidad exoneradora de los riesgos de desarrollo en una decisión de política jurídica, que implica una excepción al régimen típico de la responsabilidad civil objetiva atenuada, por razón del riesgo específico desplegado, habida cuenta que el riesgo de desarrollo corresponde, según hemos visto, a una fuerza mayor propia del producto y no a una fuerza mayor extraña a él, por lo que, en principio, de acuerdo con la técnica jurídica, propia de la imputación por riesgo, el riesgo de desarrollo habría de carecer de virtualidad exoneradora, que es ciertamente lo que acontece en relación con cualquier riesgo de desarrollo que quede al margen de la Ley de Responsabilidad civil por daños por productos defectuosos y al margen de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, con el añadido de que la excepción que contempla la primera tiene, a su vez, la excepción relativa a los medicamentos y a los productos alimentarios destinados al consumo humano, en los que el riesgo de desarrollo carece de virtualidad eximidora. En este caso, es claro que la excepción se justifica por la singular tutela que debe brindarse a la vida y a la integridad corporal que pueden resultar afectados por tales productos.

Con todo, esa decisión de política jurídica, que puede responder a razones económicas de peso, encuentra su perfil técnico en el carácter absoluto del caso fortuito de que se trata, que le hace identificarse sin un particular esfuerzo con una fuerza mayor externa, precisamente porque la absoluta inevitabilidad opera como absoluta irresistibilidad. Lo cierto es que se está ante un *casus* que tiene la fuerza de la irresistibilidad propia de la *vis maior*, siendo constitutivo verdaderamente de un *casus maior*.

Instaurado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas el riesgo de desarrollo como circunstancia exoneradora de dicha responsabilidad, el precepto que la ha consagrado ha dado lugar a multitud de posturas doctrinales.

Las interpretaciones brindadas son distintas en función de que se entienda que la referida circunstancia constituye una fuerza mayor exógena o endógena; que el sistema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pivote en torno a la causa o en torno a la culpa; y que la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas está constitucionalizada o simplemente encomendada al Legislador ordinario.

Así, hay quienes consideran que se trata de una circunstancia de carácter externo y que, consecuentemente, el art. 141.1 se ha limitado a positivizar un caso concreto de exoneración por fuerza mayor extraña (José-María PÉREZ MONGUIÓ, Francisco GARCÍA-GÓMEZ GARCÍA DE MERCADO); pero otros consideran que se está ante un auténtico caso fortuito, es decir, ante una fuerza mayor endógena, propia de la actividad arriesgada de que se trate. De entre éstos, hay quienes, partiendo de una interpretación panobjetivista del sistema normativo, niegan que los diversos criterios de imputación cobren alguna relevancia dentro de él, por lo que sostienen, en coherencia con el postulado

del que parten, que el precepto señalado ha impuesto un cambio trascendental, pues, si antes (conforme a sus planteamientos), el sistema obligaba a la Administración a hacerse cargo de todos los daños que causaba fortuitamente, a partir de dicho precepto puede exonerarse cuando el perjuicio se conecte causalmente con la carencia insalvable (*hic et nunc*) de saberes científicos o técnicos.

A su vez, la doctrina se divide entre los que consideran que la pura objetividad es una característica esencial del sistema que emana directamente de la Constitución y los que opinan que la garantía constitucional del régimen resarcitorio no cubre el concepto de fuerza mayor. Los primeros (Jesús JORDANO FRAGA, Juan-José MARÍN LÓPEZ) juzgan que la reforma introducida por tal precepto es inconstitucional, mientras que los segundos (Jesús GONZÁLEZ PÉREZ/Francisco GONZÁLEZ NAVARRO) entienden que es compatible con la Carta Magna, aunque algunos muestran su desacuerdo con su virtualidad excluidora (Miriam CUETO PÉREZ, Juan-Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE).

Hay, además, el planteamiento de quienes defienden que el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas gira (o debería girar) en torno al criterio culposo, relegando la operatividad de los otros títulos de imputación a los casos en que así lo establezca específicamente la ley. Tal planteamiento difiere del que atribuye al sistema de responsabilidad un carácter monocéntrico basado en la causa, así como de los que lo conciben como policéntrico, al reconocerse la virtualidad de una pluralidad de criterios normativos de imputación sin jerarquizar; y tal planteamiento ofrece sus variantes, según que se opte por proponer *de iure constituendo* la instauración de una regla general de responsabilidad por culpa, sin contestar la pura objetividad del sistema; o por defender esta postura *de iure constituto*. Para los primeros, la responsabilidad objetiva de la Administración Pública es una responsabilidad sin culpa, porque la Administración diligente, pese a la reforma, sigue estando obligada a reparar daños causados fortuitamente (Oriol MIR PUIGPELAT; Eva DESDENTADO DAROCA), sosteniendo que la reforma debería haber conducido, no a un régimen prevalentemente culposo, sino a un sistema mixto, subjetivo y objetivo. Para los segundos, el precepto no hace sino explicitar un rasgo con el que se configuraba antes el sistema (la centralidad del elemento culposo), pues supone que la Administración se libera demostrando que el estado de la ciencia y de la técnica no ofrecía una norma de cuidado que permitiera evitar el daño a un coste razonable.

Además de las posturas señaladas, hay que tener en cuenta la de aquellos que, partiendo de los presupuestos del análisis económico del Derecho, juzgan negativamente la norma por su difícil compatibilidad con el derecho constitucional a la salud y el papel auxiliador o benefactor de las víctimas del desarrollo que corresponde al Estado (Pablo SALVADOR CODERCH/José SOLÉ FELIÚ; también, José ESTEVE PARDO).