

Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual

(También la de las Administraciones públicas)

Fernando Pantaleón

Catedrático de Derecho Civil

1. No es ésta la primera ocasión en que reflexiono por escrito acerca de la estructura y función de las normas que disciplinan la responsabilidad civil extracontractual. Lo hice ya en otra sede, con algún detalle¹, para resaltar sus diferencias funcionales y, por tanto, estructurales:
 - a) Con las normas, contenidas esencialmente en el Código Penal, reguladoras de la responsabilidad criminal². A cuya finalidad punitivo-preventiva –castigar para prevenir la repetición de la conducta delictiva por la misma o por otra persona–, se ajustan perfectamente las características estructurales que se condensan en los principios legales siguientes:
 - (i) No cabe responsabilidad penal sin culpabilidad; sin reproche subjetivo doloso o culposo. En cambio, es obviamente posible la responsabilidad civil sin culpa; y la denominada “culpa civil” no requiere necesariamente un reproche subjetivo: este es el significado fundamental del modelo del “buen padre de familia”.

¹ En *Comentario al Código Civil*, II, Ministerio de Justicia (1991) pp. 1971-1973. Sobre el tema, recientemente y con su usual autoridad, L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños* (1999), pp 41-63.

² Pero lo que sigue puede predicarse, en lo esencial, de las normas del Derecho administrativo sancionador.

- (ii) La entidad de la responsabilidad penal depende, fundamentalmente, de la gravedad de la conducta reprochable, no de la del resultado lesivo; y cabe la responsabilidad criminal sin resultado lesivo alguno. En cambio, el daño es la fuente y la medida de la responsabilidad civil. Puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño³.
 - (iii) La responsabilidad penal, en contraposición a la civil, es personalísima; no puede ser objeto de transacción; y es legalmente inasegurable.
- b) Con las normas de atribución o protección de los derechos subjetivos absolutos y otras situaciones jurídicas análogas: las normas en que se fundamentan las pretensiones reivindicatoria, negatoria, inhibitoria, de eliminación o retractación y la *condictio* por intromisión⁴.

La función de tales normas, reintegradora del estado de cosas correspondiente a la situación de poder jurídico que confieren, reclama la absoluta irrelevancia de la culpa, e incluso del daño, en la configuración de sus supuestos de hecho. La diferencia con el supuesto de hecho típico de las normas de responsabilidad

³ Para ilustrar estas ideas he dicho alguna vez que la responsabilidad civil extracontractual es “el reino de la buena o la mala suerte”. Si alguien que conducía su automóvil excediendo el límite reglamentario de velocidad, atropella a un peatón y éste pierde una pierna, puede tener “buena suerte” –que el peatón sea un jugador profesional de ajedrez– o “mala suerte”: que se tratara de un bailarín profesional; mientras que para el Derecho penal o administrativo sancionador, la profesión de la víctima es naturalmente irrelevante.

Pero no debe extraerse de ello la conclusión –propia de ese tan ajurídico “sentido común”– de que la responsabilidad penal es “más justa” que la civil. Desde la lógica indemnizatoria propia de la responsabilidad civil, y si hay que elegir entre el conductor y el peatón, parece perfectamente justo que el bailarín recupere hasta el último euro que le haya hecho perder la imprudencia del conductor, por leve que fuera, y el jugador de ajedrez no recupere ni un euro más de los que le haya hecho perder la imprudencia del conductor, por grave que fuese. El límite de este juicio de valor se hallaría en un bailarín cuyo nivel de ingresos fuera de tal calibre que debiera estimarse exigible que no expusiera a sus conciudadanos conductores a tan elevado riesgo de arruinarse por culpas humanamente comprensibles; un límite éste, a instrumentar técnicamente de forma análoga a la culpa concurrente de la víctima.

⁴ Sobre ésta, X. BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) en especial pp. 88-111. El modelo legal de la referida *condictio* se encuentra en el artículo 18.6ª de la Ley de Competencia Desleal: “Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

civil extracontractual –que no requiere la lesión de un derecho subjetivo: no se trata de normas secundarias que establecen la sanción por la vulneración de la norma primaria atributiva del derecho subjetivo cuya lesión produciría el daño–, en el que la culpa es requisito típico y el daño elemento insuprimible, no puede ser más palmaria⁵.

Que los tres tipos de normas mencionados tengan como finalidad última común la protección de los bienes jurídicos, no es ciertamente irrelevante –por ejemplo, para mantener que a todas ellas comprende el deber constitucional de protección de los derechos fundamentales⁶–; pero no puede servir para justificar el retroceso secular

⁵ La inexistencia de conexión funcional entre las normas sobre responsabilidad extracontractual y las normas penales impide considerar como elemento del supuesto de hecho de las primeras la antijuricidad basada en el desvalor de la conducta. Y la ausencia de dicha conexión entre las normas sobre responsabilidad extracontractual y las normas de atribución impide lo propio para la antijuricidad basada en el desvalor del resultado, siendo evidente que no hay una norma que prohíba de manera absoluta dañar a otro. Por tanto, debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sobre el tema, últimamente, DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 290-298).

Cuestión distinta es que no quepa hablar de culpa o negligencia si no existe un deber de actuar cuidadosamente al objeto de evitar la consecuencia dañosa de que se trate: sin un *duty of care*, en la terminología del *common law*. Me he ocupado brevemente de esta cuestión en mi obra *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción* (1996) pp. 114-119. No me extenderé aquí sobre ella, salvo para reiterar mi convicción de que no hay un deber general de cuidado respecto de los daños puramente financieros (*economic loss*), como existe respecto de los daños a las personas o a las cosas. Y para expresar mi deseo de que sean cuestiones como ésta, en las que una buena argumentación económica puede ciertamente ayudar mucho, y no “descubrimientos económicos del mundo”, el objeto de las próximas monografías españolas sobre responsabilidad civil extracontractual.

Quien se empeñe en requerir para el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad civil extracontractual un elemento de antijuricidad, habrá de limitarlo a la responsabilidad por culpa y situarlo en la infracción de correspondiente deber de cuidado.

⁶ Se lee en el fundamento jurídico 8º de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, sobre el famoso baremo de daños causados por accidentes de circulación:

La anterior doctrina constitucional [SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 129/1989, de 17 de julio] viene a respaldar la convicción de los órganos judiciales proponentes en cuanto a que el art. 15 CE no puede ser considerado como un precepto irrelevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela, en sede de responsabilidad civil, de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza. La protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad,

en la dogmática jurídica que representaría desconocer las diferencias funcionales y estructurales entre las normas de responsabilidad civil extracontractual, las normas penales y las normas de atribución de los derechos subjetivos.

2. Aunque las ideas precedentes parecen haber obtenido ya un razonable consenso doctrinal, resulta necesario reiterarlas con alguna asiduidad, ya que:
 - a) Cada cierto tiempo renace de sus cenizas el debate sobre la importación de los *punitive damages*. Y sus nuevos defensores se debaten, siempre sin éxito, por eludir el Escila de enriquecer injustificadamente a las víctimas de las conductas a las que pretenden conectar las “indemnizaciones punitivas”, sin perecer en el Caribdis de no aplicarles el régimen sustantivo y procesal de la responsabilidad penal o administrativa, si dicha pena pecuniaria hubiera de aplicarse al Estado. Y los más sinceros de entre aquellos defensores prefieren naufragar en Escila: confesar paladinamente que no creen en el Derecho sancionador público; que prefieren uno “privado”, en que las víctimas (o sus abogados) sean sus propios “fiscales”, incentivados (como sus abogados con suculentas *quotas litis*) por la posibilidad de “indemnizaciones” multimillonarias. Una idea en la que, con toda probabilidad, coinciden con aquellos delincuentes de blanquísimos cuellos que sólo temen las penas “no monetizables”: las penas privativas de libertad.
 - b) Nuestro Tribunal Constitucional continúa empeñado en declarar que vulnera las fundamentales libertades de comunicación y expresión toda condena judicial a un medio de comunicación por lesión del honor ajeno, que no descansa en una negligencia profesional probada. Dicha jurisprudencia constitucional me parece incomprensible, incluso para la responsabilidad civil: no veo razón alguna para estimar inconstitucional, por ejemplo, una responsabilidad civil “objetiva” de los empresarios de comunicación por los daños causados a las personas privadas

dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado.

víctimas de noticias que, pese a comprobarse cuidadosamente, resultan falsas. Como falsa resultó ser, por ejemplo, la noticia de que un profesor de un colegio de niñas deficientes mentales abusaba sexualmente de una de ellas, fallecida a consecuencia de un ataque epiléptico que produjo la falsa apariencia de una tal agresión; que es la noticia que publicó cierto diario, cuya condena a indemnizar a aquel profesor, impuesta por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha sido declarada lesiva del derecho fundamental a comunicar información veraz por la sentencia del Tribunal Constitucional 154/1999 de 14 de septiembre, intolerable para mi paladar jurídico.

Pero ¿qué calificativo cabría imaginar, si la condena que se hubiese declarado inconstitucional hubiera sido simplemente la que el referido diario se retractase de dicha información, publicando su falsedad con un similar alarde tipográfico? Y la pregunta viene a cuento, obviamente, porque al sentar la jurisprudencia de que se trata, nuestro Tribunal Constitucional nunca ha diferenciado, no ya entre penas e indemnizaciones, sino tampoco entre remedios de carácter resarcitorio y remedios reintegradores de los derechos subjetivos lesionados; manteniendo así la impresión de que la protección constitucional de honor es inferior a la de la propiedad de unos abrigos⁷.

3. Recientemente hemos asistido al intento, desde el ámbito de los autoproclamados *lawyers economists* patrios, de separar el binomio castigo-prevención, al objeto de sostener la función preventiva de las normas de la responsabilidad extracontractual a la vez que se niega su función punitiva y se repudia la importación de los *punitive damages*⁸. Pero a más de manifestar la obviedad de que hace ya muchas décadas

⁷ Cfr. PANTALEON, "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley* 10 mayo 1996, pp. 1 ss.; y "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", *Derecho Privado y Constitución* 10 (1996), pp. 209-215.

⁸ P. SALVADOR CODERCH y M^a. T. CASTIÑEIRA, *Prevenir y castigar* (1997). Les sigue ahora J. PINTOS AGER, *Baremos, seguros y Derecho de daños* (2000), pp. 47 ss.

que la inmensa mayoría de los penalistas de nota no separa las ideas de castigo y prevención, general o especial, importa señalar al respecto que:

- a) Quien escribe estas líneas nunca ha negado que, “de hecho”, la amenaza de la responsabilidad civil pueda prevenir: que la amenaza de tener que pagar cierta cantidad de dinero disuada, o no, de hacer algo no depende, como es evidente, de que se denomine, o no, “multa”⁹. Aunque coincido, sin duda, con los muchos que han advertido que si a un sujeto no le previene de conducir su automóvil a velocidad excesiva ni la amenaza de matarse o de quedar gravemente lisiado o de matar o lisiar gravemente a quienes viajan con él, ni la amenaza de la cárcel o la privación definitiva del permiso de conducir, difícilmente cabe concebir que le prevenga de hacerlo la amenaza de tener que pagar determinada cantidad o de perder el bonus con que le premiaría su asegurador.

Tampoco he incurrido, al menos despierto, en la insensatez de negar que, a la hora de diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual, el legislador de turno, una vez cumplidamente satisfechas las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa¹⁰, deberá elegir aquél, si alguno, que resulte más adecuado

⁹ En el lugar indicado en la nota 1 de este trabajo, dejé escrito:

Aquel a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño puede sentirse tan “castigado” como aquél a quien se impone una multa o una pena privada; y la “amenaza” de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad contractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria”.

¹⁰ La precisión es necesaria, porque entre los *lawyers economists* la función de “compensación” abarca también los mecanismos de justicia distributiva: sistemas de seguridad social. Es más, a su juicio, sólo la pretendida lógica preventiva del *Law of Torts* justificaría su pervivencia frente a dichos sistemas, que compensarían a las víctimas de forma mucho más eficiente.

Pero ocurre que lo único conmutativamente justo es que sea precisamente el culpable de haber causado (o el creador del riesgo permitido pero extraordinario de causar) un daño a otro el que deba compensarle, cabalmente por haberle dañado así (no porque su conducta haya sido más o menos reprochable o ineficiente), y en la medida en que le ha dañado. Pero ocurre, también, que esta forma de razonar es incomprensible desde una filosofía alicortamente utilitarista.

Debo manifestar desde aquí que no tengo pretensión alguna de haber utilizado las expresiones “justicia conmutativa” y “justicia distributiva” en sus exactos significados aristotélicos. Con dicha pretensión, es opinión mayoritaria en la doctrina alemana que sólo la responsabilidad por culpa

para reducir la frecuencia de las conductas que someten a los demás a riesgos irrazonables de daño¹¹. Aunque sí me he pronunciado, y lo mantengo, en contra de sacrificar dichas exigencias compensatorias en el altar de la prevención: en contra de que el civilmente responsable tenga que indemnizar más o menos del daño objetivamente imputable a su conducta, por el hecho de que ésta requiera ser desincentivada en mayor o menor medida; en contra de inventar tanto unos “*deterrent damages*”, como una reducción de la cuantía indemnizatoria por falta de necesidad preventiva.

Supongo, por lo demás, que nadie me atribuirá el absurdo de negar que, a los efectos del juicio de diligencia o negligencia—concretamente, para establecer la existencia y alcance del deber de cuidado— es esencial comparar los costes de las medidas de precaución disponibles (incluida la cesación o disminución de la actividad de que se trate) con los riesgos de daños que su respectiva utilización puede evitar. Aunque tampoco incurrirá nadie en el absurdo neólatra de atribuir dicha obviedad al movimiento de los *lawyers economists*; salvo quien pretenda inscribir en sus fastos a demasiados “precursoressin saberlo”: a muchos más y no pocos anteriores al popularizado Juez Learned Hand¹².

- b) Lo que siempre he negado y niego es que precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas sea una función “normativa” de la responsabilidad

es manifestación de la justicia conmutativa: los casos de responsabilidad por riesgo loson de la justicia distributiva. En este trabajo justicia conmutativa es la justicia entre iguales característica del Derecho privado; y justicia distributiva es la que reclama el logro de los objetivos del Estado social, típicamente con instrumentos de Derecho público.

¹¹ Y aquél cuyos “costes de administración” sean más bajos.

¹² En otras palabras, hace mucho que es obvio que el juicio de diligencia o negligencia requiere un análisis de costes-beneficios, aunque no se emplearan estos términos. En ese sentido, cabe predicar que el concepto de culpa es siempre “económico”. No es necesariamente un concepto “moral”, si para tal concepción se exige la posibilidad del dirigir al concreto causante del daño un reproche moral: la culpabilidad moral, tradicionalmentecercana a la penal, no es requisito de la culpa civil. Éste es un concepto “social” (de “moral social” si se quiere), cuyo núcleo consiste en los riesgos que en la vida social nos permitimos unos a otros. Por eso es perfectamente posible que en cuestiones como la inimputabilidad o el error de prohibición la solución civil discrepe de la penal en un sentido más favorable a los intereses de los perjudicados. Sobre la moralidad de estos casos de responsabilidad civil sin reproche moral, T. HONORÉ, *Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability* (1988) 104 Law Quarterly Rev. 530.

civil extracontractual en el Derecho español. Con el argumento, que me parece simplemente obvio, de que no puede partirse de la esquizofrenia del legislador: y ninguna de las notas características de la responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento se compadece con tal pretendida función preventiva. Por ceñirse a lo esencial, no se autoriza al Juez a graduar la cuantía indemnizatoria conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa: ni la mayor o menor peligrosidad de ésta, ni la situación económica de su autor, ni la mayor o menor probabilidad de que evite la sanción indemnizatoria se han contado nunca entre los criterios de imputación objetiva de daño; y lo único con algún remoto parecido, el juicio de previsibilidad *ex ante* propio del criterio de la adecuación, sólo se ha aplicado a los eventos generadores de daños, y no a la entidad cuantitativa de sus consecuencias perjudiciales. No se autoriza al Juez, en el extremo, a imponer una “indemnización” sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido la enorme suerte de no causarlo, por cifra negra que ese tipo de conducta tenga, ni por potentado que sea su autor.

Y todavía más claro e importante: ¿No coincidiríamos todos en que si algo hay consustancial a la responsabilidad civil es que sea precisamente el perjudicado quien reciba la indemnización? ¿Y no es evidente que quién sea el beneficiario de la sanción con que amenaza la norma con función preventiva es irrelevante para la consecución de dicha función? Las multas no se pagan a las víctimas; y esa es una característica esencial que las distingue de las indemnizaciones¹³.

¹³ No creo injusto reprochar a los *lawyers economists* españoles, que entre sus muchos méritos cuentan con el de haber familiarizado a los juristas españoles con la literatura norteamericana sobre el análisis económico del *Law of Torts*, que no hayan presentado a sus lectores y tratado de responder a las posiciones críticas sostenidas por autores como J. L. COLEMAN, *Risks and Wrongs* (1992), pp. 374-382 y E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law* (1995), pp. 22-55, y que descansan en ideas muy parecidas a las expresadas en el texto. Claro que a lo peor se trata de que no han podido hallar nada mejor que palmariamente débil respuesta de G. T. SCHWARTZ, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *Texas L. Rev.* 1815-1819 (1997).

Importa advertir que, como comprobará el lector informado, mis posiciones no conciden con las de Coleman y Weinrib más que en la crítica de la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual. Por ejemplo y como ya he manifestado, no comparto la radical exclusión por Weinrib de cualquier responsabilidad sin culpa.

c) La pretendida función preventiva de la responsabilidad extracontractual parece, así, disolverse en expresiones retóricas como la siguiente: si no cabe descartar que la amenaza de tal responsabilidad desincentive la realización de conductas creadoras de riesgos irrazonables de daño, no resulta sensato que el legislador desprecie dicho potencial preventivo. Pero –repetimos– tiene que despreciarlo, y dejar la labor preventiva a los especializados Derechos penal y administrativo sancionador, cuando su aprovechamiento sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa¹⁴. Por eso sostenemos que la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo.

4. Pero, naturalmente, la discrepancia fundamental entre del análisis económico de la responsabilidad extracontractual y la llamada “doctrina tradicional” al respecto (con un punto de desdén neólatra, que parece olvidar que el referido análisis es ya más tradicional en el *USA Law of Torts* que las inolvidables “maracas de Machín”) no se puede reducir a la querrela provinciana que refleja el apartado anterior. A lo que se me alcanza, su núcleo lo resumiría bien un analista económico del siguiente modo:

¹⁴ Naturalmente, la idea –vertebral en el libro de los profesores Salvador y Castiñeira– de que la dosis correcta de prevención coincide en todo caso con la (sola pero íntegra) indemnización del daño objetivamente imputable a la conducta de cuya prevención se trata es el *deus ex machina* necesario para tratar de eludir la inevitable contradicción entre ambas funciones. ¿Acaso no es obvio que hay conductas que exigen ser prevenidas y que, por fortuna, no causan daños? ¿Por qué en tales hipótesis no actúan las normas de la responsabilidad civil extracontractual, aunque sea a favor del Estado o del particular que se preocupe de que la prevención funcione? ¿Habrá que preconizar pues –tendríamos que preguntar a aquellos autores– la introducción en nuestro Derecho, no de los *punitive damages*, pero sí de los “obviamente distintos” *deterrent damages*? Véase M. POLINSKY y YEON-KOO CHE, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, 22 *Rand J. of Econ.* 562-563 (1991). Si llegase a prosperar en España una propuesta como la que este trabajo contiene, yo cambiaría copernicanamente mi posición sobre la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho. Pero hasta entonces ¿no serían nuestros *lawyers economists* los que deberían cambiar radicalmente la suya? ¿O es que no hablan de Derecho español vigente, sino de uno imaginado en el cielo de la eficiencia?

Por dejar aparte el patente problema de “sobredisuación” que, desde las premisas de Salvador y Castiñeira, generarán inevitablemente los casos en que la conducta generadora del deber de indemnizar es objeto de una pena o de una sanción administrativa.

- a) Toda institución jurídica ha de procurar utilidad social: fomentar una asignación más eficiente de los recursos económicos.
- b) Indemnizar sin disuadir y, en consecuencia, reducir la frecuencia de conductas ineficientes (porque sus costes sociales, incluido su potencial dañoso, superan sus beneficios sociales, incluido el ahorro de los mayores costes en precaución de las conductas alternativas) es una operación que gasta recursos –los costes de transferir la carga dañosa del perjudicado al responsable– sin incrementar la eficiencia asignativa¹⁵.

E incluso si cupiera asumir que la desutilidad social de que una persona pierda X euros es mayor que la de que N personas pierdan X/N euros cada una, sólo quedaría socialmente justificada la compensación de los perjudicados mediante sistemas de seguridad social; no su indemnización mediante la responsabilidad extracontractual, por lo demás mucho más costosa de administrar.

- c) En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente.

Pues bien, mi respuesta ante un silogismo así es fácil de imaginar. La idea de que sólo es socialmente útil lo que mejora la eficiencia en la asignación de los recursos (o los redistribuye de manera más solidaria con los desfavorecidos por la fortuna), me resulta palmariamente errónea. Es evidente, yo mismo lo he expresado más de una vez, que “indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo”; y precisamente por esto, hay que tener una buena razón –la existencia de un criterio de imputación subjetiva como la culpa, pero no necesariamente sólo la culpa– para no dejar el daño allí donde se produjo, en lugar de iniciar un proceso absurdo en el que cada nuevo (inocente) “indemnizador” preguntaría de inmediato

¹⁵ Me sorprende, por cierto, el casi total silencio que el análisis económico de la responsabilidad extracontractual guarda sobre la llamada “eficiencia productiva”: ¿No disminuiría sensiblemente la inversión en capital humano y en propiedad, si los daños a las personas y a las cosas nunca tuviesen que ser indemnizados a quienes los sufren? O quizás no me sorprende: cuanto mayor sea la relevancia de ese tipo de eficiencia, menor resulta la necesidad económica de la función preventiva de la responsabilidad extracontractual, ligada a la eficiencia asignativa.

quién le indemniza ahora a él. Pero igualmente obvio me parece que la realización de las reglas de justicia conmutativa que se condensan en el principio "*alterum non laedere*"¹⁶ resulta socialmente útil: mantiene el presupuesto sobre el que descansa ese hipotético contrato social por el que todos aceptamos resolver los conflictos de intereses, no por la fuerza, sino mediante las reglas del Derecho.

Y en cualquier caso, si yo estuviera equivocado al respecto, peor para lo útil. Sea o no socialmente útil, el Derecho obliga al civilmente responsable—como regla, pero no necesariamente causante culpable del daño— a indemnizar al perjudicado por la sencilla razón de que, considerando la cuestión como un conflicto interindividual de intereses (no como un problema de Ingeniería Social), eso es lo que se acomoda a común sentido de lo justo y lo decente: a lo que haría una persona justa y decente, aunque el Derecho no le obligara.

Permítaseme aquí una breve digresión sobre el famoso baremo de accidentes de circulación. Tras participar muy activamente en los debates sobre su (in)sensatez y su (in)constitucionalidad, estoy convencido de que lo que, finalmente, decidió en su contra a los Magistrados que constituyeron la mayoría en la flamante sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 fue la intolerable injusticia conmutativa, la repugnante indecencia de que perjudicados por muertes o lesiones causadas por conductores inequívocamente imprudentes hubieran de soportar que gran parte de sus perjuicios patrimoniales no fuese indemnizada por los mentados conductores. Lo que podrá parecer poco jurídico-constitucional; pero se entiende a la perfección.

La justicia conmutativa, la simple decencia entre semejantes, no aparece ni en las abscisas ni en las ordenadas de ninguno de los complicados gráficos—demasiados tan inútiles— con que nos abruma los analistas económicos del Derecho. Por eso, pueden explicar tan mal la protección característica de los derechos subjetivos: las

¹⁶ Sensatamente entendido: como fórmula condensadora de las normas sobre responsabilidad extracontractual comunes a la generalidad de los ordenamientos jurídicos civilizados. No como una supuesta y obviamente absurda prohibición general de causar daño a otro; que es la forma en que ha sido entendida por los que han querido encontrar en ella el momento de antijuricidad que, en mi opinión erróneamente (*vid. supra*, nota 5), estiman imprescindible para la imposición de la "sanción resarcitoria".

“*property rules*” en su jerga. Y por eso, no pueden explicar en absoluto la disciplina de la responsabilidad civil extracontractual en la generalidad de los ordenamientos jurídicos civilizados. O se dedican a otra cosa: a avanzar, como G. Calabresi, ideas pretendidamente económicas para reformas legislativas. O como R. Posner, lo que en verdad nos explican es la lógica económica de los delitos de imprudencia¹⁷; y el análisis económico del Derecho Penal contempla sólo los delitos dolosos.

5. Una de las ideas claves del apartado precedente merece ser profundizada; porque tengo la convicción de que una causa fundamental de la tan cacareada “crisis de la responsabilidad civil extracontractual” se halla en haber pretendido transformar una institución elemental del Derecho Civil, nacida con la modesta finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañantes y dañados, en un polivalente instrumento de Ingeniería Social. Veamos:

a) Contra el primado de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual se han escrito muchas simplezas, algunas tan conocidas entre nosotros –cosas de los idiomas universitarios– como la del “triple prejuicio” a su favor señalado en un libro sobre la materia del profesor S. Rodotà¹⁸, que estimo hoy extremadamente sobrevalorado.

Cuando el problema de la responsabilidad extracontractual se contempla como un problema interindividual entre dañante y perjudicado, la primacía de la culpa como criterio de imputación subjetiva resulta algo evidente. Lo he escrito antes: indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia de bolsillo. Por tanto, hay que tener una buena razón para realizar ese cambio. Y considerando la cuestión como una exclusivamente entre cada dañante y cada dañado, no es

¹⁷ El libro de S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accidents Law* (1987), que seguramente sigue siendo la mejor monografía general sobre la materia, nos merece idéntica valoración. Que en él se analicen y, en determinadas circunstancias, se aconsejen criterios de *strict liability* no puede confundirnos al respecto: se hace sólo porque se considera a los jueces incapaces de integrar en el juicio de diligencia/negligencia todos los factores económicamente relevantes, en especial el relativo a los niveles de actividad.

¹⁸ *Il problema de la responsabilità civile* (1964), pp. 58 ss.

razonablemente discutible que la mejor de tales razones es que la conducta del dañante sobrepasó el límite del riesgo que nos permitimos los unos a los otros en la realización de ese tipo de conductas: que aquél incurrió en culpa. Pues, si el dañante ha sido “inocente” (la simple causación es siempre común a dañante y dañado) y, a pesar de esto, le obligamos a indemnizar al perjudicado también “inocente” por el mero hecho de haberlo sido, aquél, inmediatamente después de pagar la indemnización y convertirse así en “perjudicado”, podría preguntarnos con toda razón: ¿Y ahora qué “inocente” me indemniza a mí?¹⁹.

Frente a una extendida opinión, me parece bastante obvio que la existencia de seguros de responsabilidad civil extracontractual no puede disminuir un ápice la fuerza de lo anterior. Porque obvio resulta que si los dañantes pueden asegurar sus riesgos de responsabilidad (*third-party insurance*), también los perjudicados pueden asegurar los riesgos de daños a sus personas o a sus cosas (*first-party insurance*: seguros de vida, de accidentes y de daños). Es más, conforme a los análisis económicos más extendidos, el *first-party insurance* es una fórmula de

¹⁹ Siendo obvio que la contemplación del problema de la responsabilidad extracontractual como un problema exclusivamente interindividual entre dañante y dañado ha sido la única concebible al menos hasta la Revolución Industrial, lo congruente con lo que acaba de escribirse sería que la Historia del Derecho mostrase una constante primacía del criterio de la culpa. La Historia del *civil law* parece confirmarlo, aunque es difícil descontar la parte atribuible al originario carácter penal de la *actio legis aquiliae*. Pero los historiadores clásicos del *common law* han sostenido el imperio de la *strict liability* precisamente hasta la llegada de la Revolución Industrial, cuando se optó por el criterio de la culpa a fin de proteger a las empresas nacientes, potencialmente muy dañosas, frente a un elevado coste de responsabilidad civil.

No seré yo quien niegue que en la universal consagración de la primacía de la culpa durante el siglo XIX hubiera algo de consciente decisión de política legislativa a favor de la *infant industry*, de triunfo de la nueva propiedad dinámica frente a la vieja propiedad estática. Precisamente la Revolución Industrial, al producir un importante *stock* de daños fortuitos, dotó al problema de la responsabilidad civil extracontractual de una trascendencia político-jurídica desconocida.

Pero también precisamente porque antes de la Revolución Industrial el *stock* de daños fortuitos hubo de ser mínimo –porque, por lo rudimentario de la tecnología y la escasa concentración de la población, tuvo que ser difícilmente posible un daño sin culpa, sin que mediase una conducta del dañante con un riesgo de dañar a otro mayor que el normalmente tolerable (o una conducta del perjudicado con un riesgo irrazonable de resultar dañado)–, no existiría diferencia práctica entre responsabilidad por culpa y responsabilidad estricta: la causalidad (la imputación objetiva, en la terminología actual) implicaría típicamente culpa; por lo que el lenguaje causal, propio a lo que parece de los jueces del *common law*, o el culpabilista, característico de los juristas del *civil law*, sería en términos prácticos una cuestión de gustos.

aseguramiento más barata que el *third party-insurance*; por lo que, si se tratase exclusivamente de fomentar uno de ambos tipos de seguro, habría que elegir el primero: lo que conllevaría, cabalmente, la supresión de la responsabilidad civil extracontractual; no su ampliación mediante criterios de imputación añadidos a la culpa. La llamada “responsabilidad por asegurabilidad” es, en consecuencia, una bobada *iuris* del mismo calibre que la “responsabilidad por la causalidad”; o que una imaginaria “responsabilidad por sorteo entre dañante y dañado”.

Todavía recuerdo una peculiar sentencia de Audiencia en la que, para justificar la condena del habitante del piso superior a indemnizar los daños causados en el inferior por el agua procedente de la rotura de una tubería privativa de aquél, al parecer sin culpa alguna por parte del demandado, se argumentaba que éste tenía a su disposición en el mercado seguros de la responsabilidad civil que se le reclamaba a precios asequibles. Lo hilarante es que la parte demandante era la compañía aseguradora de daños del propietario del piso inferior²⁰.

- b) Pero sería un error inducir de lo escrito en el apartado precedente que la visión de la responsabilidad extracontractual que aquí se mantiene conduce al dogma “ninguna responsabilidad sin culpa”. Junto a la primacía de la culpa, también es común a muchos ordenamientos jurídicos la imputación de responsabilidad por los eventos dañosos que son realización de los riesgos típicos de determinadas actividades especialmente peligrosas a quienes las desempeñan con ánimo de lucro. Pues bien, esta realidad –que no cabe identificar con un principio general de imputación de responsabilidad por riesgo a toda actividad empresarial²¹– es perfectamente justificable desde una perspectiva de justicia conmutativa.

²⁰ Se trata de la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 15 de diciembre de 1983, a la que realicé varias referencias en mi comentario a la STS 12 abril 1984 en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 5 (1984), pp. 1064 ss.

²¹ Es la tesis sostenida en P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* (1961), desde una concepción de la responsabilidad extracontractual como externalidad pigouviana, que también fue la adoptada en G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L. J. 499 (1961). Pero véase R. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law & Economics 1 (1960), poniendo de manifiesto la obviedad de que el daño puede considerarse igualmente externalidad de la conducta del dañante o de la del perjudicado. La que los “juristas tradicionales” habían expresado hace mucho tiempo con la idea de que la causalidad no puede

Porque lo es, en efecto, que a quien se le permite explotar en su beneficio una de esas actividades que, aun con la adopción de todas las posibles medidas de precaución económicamente justificadas, son extraordinariamente peligrosas y, pese a ello, no se prohíben en razón de su elevada utilidad social y carencia de actividades sustitutorias²², se le obligue a sufragar los daños típicos que cause. Que a quien se le permite usufructuar tan anormal porción del *stock* de riesgos a disposición y cargo del conjunto de los ciudadanos, se le haga pechar con los daños a los demás que sean realización típica de esa porción de riesgos²³.

Me refiero, naturalmente, a actividades que resultan muy peligrosas sin que las potenciales víctimas puedan hacer nada razonablemente exigible a fin de evitar o reducir su exposición al riesgo correspondiente. Lo que es necesario precisar, cuando, recientemente, hemos podido leer a un ilustre Catedrático de Derecho Civil utilizar el muy sensato argumento de que quien se lucra con una actividad especialmente peligrosa ha de indemnizar los daños que típicamente causa, al objeto de defender la imputación a los fabricantes de tabaco de responsabilidad civil por los daños que fumar causa²⁴. Pero es evidente que un cigarrillo sólo es peligroso para el fumador cuando lo fuma; como el coñac lo es para el bebedor cuando lo bebe, o como el automóvil para el conductor cuando lo conduce. Y a nadie se le ha ocurrido, hasta la fecha, proponer seriamente que los fabricantes

ser criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual pues el perjudicado es siempre tan causante del daño como el dañante.

²² O por razones menos confesables: se recordará que hace unos meses explotó una fábrica de productos pirotécnicos situada dentro del perímetro de una población holandesa.

²³ Cf. HONORÉ (1988) 104 LQR 537, 541-542, 546. Y sobre la persecución del propio beneficio como un razonable criterio de distinción en términos morales, J. STAPLETON, *Product Liability* (1994), pp. 185 ss.

²⁴ Me refiero al profesor A. López López, justificando en el diario "El País" el proyecto avanzado por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su discurso de investidura, de reclamar a los fabricantes de tabaco el resarcimiento del gasto que para el Servicio Andaluz de Salud representa el tratamiento de las enfermedades estadísticamente conectadas al fumar.

En mi modesta opinión, es inoportuno utilizar la responsabilidad extracontractual para resolver querellas fiscales: en concreto, si Andalucía debe participar, o no, en los impuestos que gravan las labores del tabaco.

de bebidas alcohólicas respondan civilmente de los daños que el alcohol causa a los bebedores²⁵; ni que los fabricantes de automóviles deban indemnizar los daños que sufran en accidentes de circulación todos los conductores, incluidos los que conducían a la máxima velocidad que el automóvil permitía. Claro que, con “negocios legales” de tal calibre en perspectiva, todo puede suceder.

En fin, perfectamente defendible desde una perspectiva de justicia conmutativa es también la imputación de responsabilidad civil por los que he llamado “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio” a los sujetos en cuyo interés se efectúan las actividades que necesariamente los causan²⁶. En la norma de justicia elemental que refleja el aforismo “cada palo aguante su vela” reside la justificación de que quien se encuentra en estado de necesidad deba indemnizar los daños que se causen a terceros para salvarle: regla 3ª del artículo 118.1 del Código Penal; y de indemnizaciones como las previstas, entre otros, en los artículos 569 y 612.I del Código Civil o el artículo 3º.4 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad.

- c) El lector bien informado habrá sin duda notado que, desde las ideas defendidas en los apartados precedentes, parece muy difícil dar razón de algo con un éxito aparentemente tan claro y universal como la responsabilidad civil “objetiva” por los daños causados por los productos defectuosos; pues, ciertamente, no cabe decir que la fabricación de cualquier producto sea una actividad especialmente peligrosa.

A este respecto, tengo que comenzar manifestando que me parece ciertamente aberrante que España tenga una Ley 22/1994, de 6 de julio –que incorpora una Directiva comunitaria (85/374/CEE)– que parece imponer dicha responsabilidad objetiva, cuando no existe entre nosotros norma legal alguna que la establezca

²⁵ Aunque me han informado de que, nada menos que en Francia, un consumidor empedernido de cierta bebida alcohólica ha demandado al fabricante indemnización por el daño que consiste en ser irremediabilmente adicto a ella.

²⁶ Sobre esos daños PANTALEÓN, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación Administrativa* 237-238 (1994), pp. 247-248; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 56-59.

respecto de actividades empresariales típicamente tan peligrosas como las de producción química o almacenamiento de explosivos. Es, en mi opinión, prueba nítida de cómo hace perder el buen sentido a los legisladores una combinación del atractivo de “norteamericana y protectora del consumidor”. Obviamente, sin hacerse preguntas tan incómodas como a qué tipo de consumidor protege algo –una responsabilidad civil objetiva de naturaleza estrictamente imperativa– que económicamente funciona como un impuesto indirecto; y cuyos beneficios sólo pueden obtenerse, de ordinario, tras caros procedimientos judiciales y en todo caso son directamente proporcionales a la potencia económica antecedente de los perjudicados: indemnizar es “dar al rico su riqueza y al pobre su pobreza”.

Expresado lo cual, procede añadir, sin entrar en detalles, que:

- (i) Una responsabilidad civil sin culpa por daños causados por defectos de fabricación o producción es perfectamente comprensible en términos de justicia conmutativa; aunque con una lógica más (cuasi)contractual que propiamente extracontractual: el fabricante ha defraudado la expectativa de seguridad del producto que el consumidor medio, al que aquél ofrece inmediata o mediatamente su producto publicitándolo como suyo, podía legítimamente albergar, puesto que es la propia de los ejemplares de la misma serie. El fabricante responde en virtud de la garantía implícita de seguridad de su producto –la normal de los ejemplares de la serie a que pertenece el defectuoso causante del daño²⁷– como tradicionalmente ha respondido en virtud de la garantía implícita de su utilidad²⁸.

Que, en la determinación del carácter defectuoso del producto, la lógica del “*Consumer Expectation Test*” –que es el adoptado en el artículo 3.1 de la Ley 22/1994– es (cuasi)contractual, frente a la extracontractual del

²⁷ En palabras del artículo 3.2 de la Ley 22/1994: *En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie* .

²⁸ La posibilidad de que el perjudicado sea un *bystander* completamente ajeno al comprador del producto –el caso que se aleja de la lógica (cuasi)contractual– es tan interesante teóricamente, como irrelevante en la práctica. Por eso, las expectativas de seguridad de los *bystanders* nunca han sido relevantes para determinar el carácter defectuoso, o no, de los productos.

“*Risk-Utility Test*”, ha de ser evidente para cualquier lector informado en la materia. Y ningún jurista con una mínima finura podrá dejar de criticar la rudeza con que el artículo 14 de la misma Ley (pero ya el art. 12 de la Directiva 85/374/CEE) veta todo pacto de exoneración o limitación de la responsabilidad. Pero ¿qué puede justificar que se impida, por ejemplo, a los productores ofrecer los consumidores, para que éstos elijan lo que prefieran, dos “versiones” del mismo producto, una con responsabilidad civil plena por los defectos de fabricación, y otra excluyendo o limitando la responsabilidad por los daños a las cosas o por los daños morales?²⁹.

- (ii) Y en el ámbito de los defectos de concepción o diseño y de los defectos de información, la responsabilidad civil objetiva cuenta con escaso favor doctrinal y jurisprudencial al otro lado del Atlántico³⁰. Y es poco probable que prospere ante los Tribunales de los distintos Estados europeos, que tenderán a juzgar que, en materia de diseño y de información, lo que un consumidor medio puede legítimamente esperar (además de que no se pongan en circulación productos cuyo riesgo de daño sea intorerable en comparación con su utilidad, aunque no haya productos sustitutivos) es la máxima seguridad que ofrezca el mercado en productos alternativos de precio similar. Y serán seguramente poco partidarios de discriminar, bien a sus respectivas industrias nacionales imputándoles el mejor I & D en seguridad de productos de la industria mundial, bien a las pequeñas y medianas empresas de sus respectivos países imputándoles el mejor I & D en seguridad de productos de las compañías multinacionales. Así las cosas, la responsabilidad civil por los daños causados por defectos de diseño o de información de los productos no se alejará de los límites ordinarios de la responsabilidad por culpa; y no seré yo quien lo critique,

²⁹ P. H. RUBIN, *Tort Reform by Contract* (1993) es una buena obra para reflexionar al respecto.

³⁰ Buena información al respecto en J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante* (1997), pp. 627 ss., 699 ss.; y SALVADOR y SOLÉ, *Brujos y Aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto* (1999), pp. 81 ss.

a la luz de experiencias norteamericanas como la que generó el famoso caso *Beshada*.

- d) Desde las tesis aquí sostenidas—la responsabilidad civil extracontractual no es, no debe concebirse como un polivalente (preventivo, redistributivo) instrumento de Ingeniería Social, sino como una institución elemental del Derecho Civil, que contempla el daño como un problema interindividual entre dañante y dañado y obliga al primero a indemnizarlo al segundo cuando existe una razón de justicia conmutativa (ante todo “culpa”, pero también “actividad lucrativa especialmente peligrosa” y “sacrificio en interés ajeno”) que así lo exige—, resulta, sin duda, de todo punto incomprensible la responsabilidad³¹ objetiva de las Administraciones públicas que, según la opinión todavía dominante, rige en nuestro Derecho. Es ésta, sin embargo, una cuestión que merecerá tratamiento separado.

Difícil resulta justificar también, en un país desarrollado como la actual España, una responsabilidad civil objetiva por accidentes de circulación. Y no porque los automóviles no sean artefactos muy peligrosos—que lo son—, sino porque ya se han convertido en un “riesgo común”: un peligro que la inmensa mayoría de los españoles, propietarios ya de un automóvil, hacemos correr a los demás.

Es indudable que un Estado Social no puede dejar desamparado a un grupo de ciudadanos del número y las necesidades de las víctimas, directas o indirectas, de los accidentes de circulación. Pero también lo es que la responsabilidad civil extracontractual del conductor (o el propietario o “controlador”) del automóvil no es un buen instrumento de asistencia social. Y si bien se mira, se constata que el legislador español, como muchos otros, lo ha entendido perfectamente.

En efecto: tras la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000, ¿no es obvio que la responsabilidad objetiva del conductor que, para los daños a las personas, prevé el artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil

³¹ Incivilmente llamada “patrimonial”; pero en realidad “civil extracontractual”. Tengo por pacífico que la responsabilidad contractual de la Administración se rige por el Derecho de Contratos: cf. por todos J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas* (1996), pp. 131-133.

y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor tiene como finalidad práctica esencial señalar el asegurador que debe cubrir las cantidades baremadas en el Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación, anexo a aquella Ley? El asegurador que cubre aquellas cantidades ¿no es, típicamente, un asegurador obligatorio? Cuando el automóvil causante del daño no puede identificarse o resulta que su propietario no está asegurado, ¿no cubre las repetidas cantidades un Fondo público? Y si imaginásemos por un momento que los propietarios de los automóviles tuvieran que contratar los seguros obligatorios con aquel Fondo público, en lugar de con compañías aseguradoras privadas “concesionarias”, ¿no resultaría patente que estamos describiendo un “sistema de seguridad social”, completamente distinto de la responsabilidad civil extracontractual, que convive con aquél para obtener el íntegro resarcimiento del conductor culpable?³².

Así, cabe afirmar que en el ámbito de los accidentes de circulación conviven un sistema de seguridad social “disperso” (no centralizado en un único Fondo) y la responsabilidad extracontractual por culpa del conductor. De forma parecida a cómo la responsabilidad civil del empresario frente a sus trabajadores coexiste con el sistema de Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³³, haciendo asimismo la existencia de éste difícilmente justificable una regla general de responsabilidad objetiva del empresario: éste es el núcleo atinado de la importante sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997³⁴.

³² Avancé estas ideas en PANTALEON, “De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema de valoración de daños personales de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor”, *La Ley* 4 marzo 1997, pp. 1-2.

³³ Sólo parecida, porque entre nosotros las prestaciones de la Seguridad Social al trabajador no sirven para reducir la responsabilidad civil del empresario, ni siquiera en la porción en que éste paga las correspondientes cuotas. La naturaleza contractual del escenario es el dato diferencial decisivo.

³⁴ Examinada en DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 178-181.

6. Quien me haya seguido hasta aquí comprenderá que considere fundamental, para un correcto entendimiento de la responsabilidad civil extracontractual, diferenciarla radicalmente de los que vengo llamando “sistemas de seguridad social”, que hallan su manifestación más depurada en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

Con tales sistemas no se trata de indemnizar el daño—dando al rico su riqueza y al pobre su pobreza—, sino de ayudar a los que quedan en situación de necesidad por efecto de determinados tipos de eventos lesivos que, bien son muy frecuentes y de consecuencias dañosas potencialmente muy graves, o bien merecen una especial reacción de solidaridad con las víctimas. En los sistemas de seguridad social no es necesaria relación causal alguna entre “pagadores” y eventos dañosos. Cuando se nutren de fondos públicos, no es porque el legislador que los establece asuma que el Estado es “responsable” de los correspondientes eventos dañosos (por ejemplo, de todos los delitos dolosos o actos de terrorismo cometidos en su territorio) y que, por tanto, los así perjudicados tengan una pretensión de justicia conmutativa frente al Estado; sino precisamente porque asume que ninguna gestión pública razonable puede evitar la producción de un cierto número de aquellos eventos dañosos, pero que quienes han tenido la desgracia de sufrirlos—*rectius*, quienes, por haber tenido dicha desgracia, han quedado en situación de necesidad económica— tienen frente al Estado—*rectius*, frente a sus conciudadanos más afortunados— pretensiones de solidaridad, de justicia distributiva.

Y este es el momento del reiterar que una responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones públicas por todos los daños fortuitos que sean realización de riesgos propios de cualesquiera actividades que aquéllas realicen, se trate o no de actividades especialmente peligrosas, me parece un despropósito jurídico y social de primer orden³⁵. Casi tan grave como el principio de la irresponsabilidad civil del

³⁵ PANTALEÓN, *DA* 237-238 (1994), pp. 239 ss. *Vid.* también R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Parte General*, 8ª ed. (1996), 696-697, 704; L. PAREJO, A. JIMÉNEZ-BLANCO y L. ORTEGA, *Manual de Derecho Administrativo*, I, 4ª ed. (1996), pp. 543 y 548; F. GARRIDO FALLA, en *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992. Jornada celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997* (1997), pp. 41-42; M. CASINO RUBIO, “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración” *DA* 254-255 (1999), pp. 355-357; L. MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración:

un balance y tres reflexiones”, *Revista de Administración Pública* 150 (1999), pp. 359-371; y O. MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria* (2000), pp. 319 ss. [y T. FONT I LLOVET, *Prólogo*, pp. 19 ss.]. Aunque pocos de los referidos administrativistas compartirían la rotundidad de mi afirmación del texto, todos ellos parecen claramente contrarios a una regla de responsabilidad objetiva de la Administración por cualquier daño fortuito que sea consecuencia del funcionamiento de cualquier servicio público.

Radicalmente a favor de tal responsabilidad J. JORDANO FRAGA, “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública* 149 (1999), pp. 321 ss., gracias al cual he descubierto (además de la curiosa enemiga del autor a la financiación pública de las Comunidades Autónomas) que existe una persona con apellido idéntico al mío que parece ser un sujeto repugnante, dedicado furibundamente a la destrucción del Estado Social. Por lo demás, considero mi deber desligar de la compañía de tan lamentable individuo a M. BELADIEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos* (1997): el hecho de que tenga algo en común con él en la cuestión de la imputación objetiva, no puede ocultar que dicha profesora es partidaria de la responsabilidad objetiva por el funcionamiento de los servicios públicos hasta extremos lógicos que acaban por reforzar grandemente la tesis contraria por reducción al absurdo.

Algo habrá que decir, en fin, del *Prólogo* al libro últimamente citado, firmado por J. LEGUINA, a más de esperar que este trabajo haya dejado ya claro lo patentemente erróneo de identificar la responsabilidad por culpa con el castigo de las conductas ilegales; que fue ya idea vertebral del trabajo del mismo LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración pública* (1970), pero más comprensible entonces, dadas las ideas predominantes en la civilística italiana de los años sesenta. Afirma el citado profesor, en la página 16 del referido prólogo:

Hoy nadie cuestiona con un mínimo rigor la naturaleza directa y objetiva de la responsabilidad administrativa ni se discuten los saludables efectos que esta garantía patrimonial ha producido en el sistema de relaciones entre ciudadanos y Administración

Ninguna importancia tiene, naturalmente, que tan insigne Polifemo del Derecho Administrativo patrio nos dé a algunos tratamiento de Ulises. Lo realmente grave es el desconocimiento de las obras más importantes sobre responsabilidad extracontractual de los últimos quince años, tanto de juristas del *civil law* como del *common law*, que tal afirmación revela. Claro que a lo peor se trata de que, por la “especial naturaleza” de la responsabilidad patrimonial de la Administración, uno puede escribir de ella sin leer sobre la trasnochada responsabilidad civil extracontractual; e incluso de que es mejor ahorrarse tales lecturas, para evitar contaminarse con el perverso virus de la culpa.

Muy poca importancia tiene también que el profesor Leguina y yo discrepemos sobre la esencia del oficio universitario, que él sitúa en el talante constructivo y el buen lenguaje académico y yo en la crítica con voz alta y clara de lo que, tras un estudio completo y riguroso de la obra de los mejores especialistas en la materia, se estiman errores graves, más allá de lo opinable; porque, a diferencia de Leguina, yo no creo que en el debate jurídico todo o casi todo sea simplemente opinable. Muy significativo es, en cambio, que tan autorizado profesor haya dejado escrito en la página 22 del mismo prólogo:

[...] en un número importante de eventos dañosos no puede haber imputación si no ha habido “anormalidad” en el funcionamiento del servicio público o, lo que es igual, si no ha habido ilicitud (ilegalidad o culpabilidad) en la actividad administrativa. En tales

Estado, al que quiso sustituir, en la mente de sus bienintencionados creadores, en un desgraciado movimiento pendular. En efecto:

- a) ¿Qué razón puede haber para que, a los efectos de la responsabilidad civil, las personas jurídico-públicas sean tratadas peor que los sujetos privados?³⁶ ¿No es palmario que, si algo, debería ser exactamente al contrario, puesto que son las primeras las que actúan en interés del común?

Y reitero esas preguntas en la esperanza de no tener que volver a oír la sandez de que la justificación reside en que la Administración *es potentior persona*: ¿se quiere decir que es “más rica”, y que los ricos han de responder civilmente más que los pobres?; ¿o que daña más fuerte: atropellan los vehículos públicos más

supuestos, el sistema de responsabilidad administrativa sigue siendo objetivo porque su fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio privado injustamente lesionado; pero si no hay culpa no hay tampoco causa administrativa del daño, no hay, en suma, nexo causal. La causa está en otra parte: en la propia víctima, en un tercero o en la fuerza mayor.

Como no deseo que se me acuse de “inmisericorde”, nada diré sobre tan peculiar equiparación entre falta de culpa de la Administración y falta de nexo causal “administrativo”. Baste remarcar que, de manera análoga a cómo, en su día, los partidarios del dogma “ninguna responsabilidad sin culpa” tuvieron que recurrir a ficciones de culpa para explicar los supuestos legislativos de responsabilidad objetiva, uno de los actuales adalides del dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración, el profesor Leguina, tras expulsar al demonio de la culpa por la puerta, no ha podido evitar invocarlo por la ventana de la ficción de una “causalidad administrativa”. Como veremos en lo que sigue, la otra posible ventana al efecto es la de la “antijuricidad” del daño.

³⁶ Parece oportuno transcribir aquí unas frases de LEGUINA, *La responsabilidad civil...*, pp. 117 y 123, que el propio autor parece haber olvidado:

La responsabilidad civil es un instituto que, aun que históricamente tuvo su origen y desarrollo en los ordenamientos privados, pertenece hoy a la teoría general del Derecho por la simple razón de que su fundamento y finalidad y los principios en que se inspira son igualmente aplicables a todos los sujetos jurídicos. Por tal motivo no nos parece correcto hablar, en general, de cierta especialidad del instituto cuando es aplicado a los entes públicos [...]

Nuestro análisis tratará de evitar cualquier pretendida “especialidad” de la obligación resarcitoria en su aplicación a la esfera jurídico-pública. Es más, al admitir –como se reconoce pacíficamente por la doctrina– un idéntico fundamento y una idéntica naturaleza en la responsabilidad civil de los entes públicos con relación a la de los entes privados [...].

sanguinariamente que los privados, lesionan los trozos de cornisa que caen de los edificios ministeriales más que los que caen de las sedes bancarias?.

No hay duda de que la Administración es “más poderosa” en la medida en que, típicamente, la ley le atribuye la potestad de sacrificar los intereses privados en aras del interés general. En tal sentido, será típicamente la causante de los que he llamado “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”, que sin duda han de ser indemnizados: propuse en su momento entender la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” limitada a dicho grupo de casos³⁷. Pero de ahí a una responsabilidad civil general por los daños fortuitos media, en elemental valoración jurídica, un profundo abismo.

- b) Una tal responsabilidad general, que carece de posible justificación en términos de justicia conmutativa, es en propiedad un sistema de seguridad social³⁸; pero uno profundamente inequitativo y regresivo. Este segundo aspecto lo manifesté ya en el tan citado lugar³⁹, expresando que el sistema de responsabilidad de la Administración, tal como lo entendía la doctrina dominante:

[...] no es otra cosa que un mecanismo de distribución perversa de la renta: puesto que indemnizar es restituir “al rico su riqueza y al pobre su pobreza”, resulta obvio que los perjudicados que ganaban más o que tenían bienes más valiosos serán quienes obtengan una parte mayor del dinero público (producto de la redistribución justa de la renta por vía de impuestos progresivos) que nutre el verdadero seguro que representa el sistema de responsabilidad de la Administración en la concepción de la opinión dominante. ¿Quiénes habrían de pagar más en el mercado de los seguros de vida, de accidentes o de daños, que son mecanismos alternativos –y seguramente más eficientes, por su menor coste de administración– para “pulverizar” la carga fortuita dañosa de la gestión pública?. Es patente, en fin, que los que no puedan pagarse “servicios privados” sustitutivos serán los que más sufran la desaparición de aquellos servicios públicos que resulten financieramente inviables a causa de su elevado coste de

³⁷ DA 237-238 (1994), pp. 27-251; vid. también DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 57-59.

³⁸ Lo que vienen a reconocer todos aquellos administrativistas que lo defienden, pero proponen o sugieren baremar o limitar las cuantías indemnizatorias.

³⁹ DA 237-238 (1994), pp. 251-252.

responsabilidad. La existencia de una responsabilidad objetiva general de las Administraciones públicas no es algo jurídicamente necesario ni socialmente justo, sino un ejemplo entre muchos de lo que podría llamarse “Estado social para las clases medias”, que amenaza seriamente con arrastrar en su caída por ruina al justo y necesario “Estado social para los pobres”.

¿Cabe dudar seriamente que los pobres estarían mucho mejor si mañana todo lo que cuesten las responsabilidades sin culpa de las Administraciones públicas se dedicase a financiar pensiones no contributivas?

Pero cabe plantear un interrogante más simple y contundente: ¿porqué un niño que nace sin piernas o ciego no merece ser indemnizado con dinero público, y sí uno que pierde las piernas o queda ciego a consecuencia del funcionamiento perfectamente cuidadoso y de un servicio público prestado gratuitamente en su beneficio, aunque los medios económicos de sus padres sean mucho mayores que los de la familia del primer niño, doblemente desgraciado en la cruel lotería del nacimiento?⁴⁰ Es intolerable, desde los más elementales criterios de justicia distributiva, un sistema de seguridad social que no incluye en su cobertura a los nacidos incapacitados y las víctimas de los accidentes fortuitos no conectados al funcionamiento de los servicios públicos, a la vez que cubre daños fortuitos a las cosas que sean consecuencia de tal funcionamiento.

- c) Es muy de lamentar que, en lugar de afrontar de raíz el problema que plantean los interrogantes precedentes, un administrativista del calibre del profesor T. R. Fernández, en el manual mercedamente más influyente de su disciplina, haya optado por continuar defendiendo la general racionalidad de la responsabilidad “patrimonial” objetiva de las Administraciones públicas confiando en evitar sus resultados más insensatos—que localiza en el sector de los daños derivados de la asistencia sanitaria pública no defectuosa— mediante el requisito legal de que el daño no deba ser soportado por la víctima⁴¹.

⁴⁰ Esta es una de las ideas básicas del brillante trabajo de P. S. ATIYAH, *The Damages Lottery* (1997), cuyas pp. 78 ss. se dedican concretamente a la responsabilidad de los entes públicos.

⁴¹ En E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 5ª ed (1999), pp 367, 371-374. Tengo la personal convicción de que el profesor García de Enterría

Ahora bien, si se consultan los orígenes intelectuales de dicho requisito⁴², podrá constatarse que, con él, se trató de excluir la responsabilidad sólo en los casos, tan distintos como indudables, en que la Administración tiene derecho a causar el daño en cuestión; como el que causa la exacción de un impuesto legalmente establecido, el cumplimiento forzoso de un contrato legalmente celebrado o la ejecución de una pena legamente impuesta. Existe deber de soportar el daño y, por ello, no puede entrar en juego la responsabilidad civil de la Administración sólo cuando así lo establece una norma legal (“*de acuerdo con la Ley*”, dice el art. 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), ajena las propias normas que disciplinan dicha responsabilidad, que atribuye a la Administración el derecho a causárselo al perjudicado: cuando la Administración causante del daño, en la terminología del malogrado profesor Starck, es titular de un *droit de nuir*⁴³.

Recuérdese ahora el caso de la notoria sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991. Una mujer ingresó en una Residencia de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que a intervino optó por reducir primero el del lado derecho y, al no ser posible obliterar su cuello con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida proximal al aneurisma con dicho clip. Uno días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquifacial izquierda, que le ha dejado graves secuelas. La falta de riego sanguíneo del cerebro que la produjo –puesto que la otra carótida, contra lo razonablemente previsible, no suministro mayor flujo de

está mucho más cerca de mis opiniones; pero, siendo coautor del referido manual, no cometeré la imprudencia de asegurarlo mientras el mencionado maestro no se pronuncie al respecto por escrito.

⁴² GARCIA DE ENTERRIA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil* 8 (1955), pp. 1125-1126.

⁴³ Como ya apunté en *DA* 237-238 (1994), p. 245, nt. 4, no cabe duda de que la llamada “teoría de la garantía”, construida por B. STARCK en su tesis doctoral *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (1947) y bien resumida en B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER, *Obligations 1. Responsabilité civile*, 4ª ed. (1991), nn. 57 ss., proporcionó al profesor García de Enterría el andamiaje dogmático de su criatura la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas. Véase también LEGUINA, *La responsabilidad civil...*, pp. 137-139 y *passim*.

sangre— fue precipitada por una estenosis en la carótida izquierda, relacionada probablemente con una inyección sub-intimal necesaria para la práctica de las angiografías previas a la intervención; por ello, aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues *ex ante* no había razón para pensar que el riesgo para la paciente se incrementara por ocuparse en primer lugar del aneurisma derecho), *a posteriori* podía afirmarse que habría sido mejor opción resolver primero el aneurisma de la carótida izquierda. Tanto la Audiencia Territorial de Madrid (sentencia de 4 de noviembre de 1985) como el Tribunal Supremo condenaron al INSALUD a satisfacer a la referida paciente una determinada indemnización⁴⁴.

¿Podría el Tribunal Supremo haber evitado tal insensato resultado acudiendo al requisito de la “antijuridicidad” del daño? ¿Qué ley otorgaba a la Administración sanitaria el derecho a causar a la víctima el daño que sufrió, de forma que ésta debiera por su virtud soportarlo? Obviamente ninguna. Es claro que, para llegar al lógico resultado absolutorio de la Administración con base en aquél requisito, habría que darle un significado completamente distinto de aquél para el que fue creado. Algo así como: el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo⁴⁵. Algo parecido —se notará— a la obviedad de que el perjudicado por la Administración deberá soportar el daño siempre que la Administración no tenga que indemnizarlo; que deja inevitablemente al arbitrio de los Tribunales y, en última instancia, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el decidirse sobre lo que es razonable o irrazonable en materia de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. A ver si hay suerte, y acaban por pensar que

⁴⁴ Un muy acertado resumen crítico de las opiniones doctrinales sobre la sentencia ofrece MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad...*, pp. 271-272, nota 400.

⁴⁵ Véanse las pp. 372-373 de la quinta edición del tomo II del *Curso de Derecho Administrativo* de GARCIA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, citado en la nota 41, y compárese con las pp. 372 ss. de la cuarta edición (1993). Se notará que hasta ésta edición se conservó el significado de la antijuridicidad del daño que el primero de dichos autores definió en el lugar citado *supra* en la nota 42. Y que es en la quinta edición donde se cambia en el sentido expresado en el texto.

lo razonable es, como regla, que el perjudicado debe soportar el daño si no hay culpa alguna imputable a la Administración titular del servicio: que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas; que el perjudicado tiene el deber de soportar el daño causado por un caso fortuito “público” cuando menos igual que soporta el causado por un caso fortuito “privado”. Y de esta manera, el normal requisito de la culpa, expulsado por la puerta, entraría por la ventana de la “antijuricidad” del daño⁴⁶.

Pero ¿y si no hay suerte, habida cuenta de lo que los jueces de lo contencioso-administrativo han venido tomando durante más de cuarenta años como dogma de fe “progresista”? Y en todo caso, ¿cómo puede alguien de la calidad jurídica de T. R. Fernández elegir mantenerse en sus trece al precio de que no sea a la Ley, sino a la jurisprudencia, a la que compete la labor fundamental de delimitar el alcance de la responsabilidad extracontractual de la Administración? ¿No es preferible admitir que la regla general tiene que ser de que esa responsabilidad exige la culpa (no necesariamente localizada en una persona identificada) de la Administración demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como la “antijuricidad” del daño o la causalidad “administrativa”, estableciendo al propio tiempo por Ley y de una forma explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que deban exceptuar aquella regla general?

Quién dé a este interrogante una respuesta negativa, deberá –hay que insistir– ofrecer a sus lectores alguna razón convincente para tratar peor, en materia de responsabilidad civil extracontractual, a las Administraciones públicas que a las entidades jurídico-privadas⁴⁷. Salvo que prefiera afirmar que hay que asumir sin

⁴⁶ Recuérdese lo que dejamos señalado al final de la nota 35. Especial mención a este respecto merece la línea jurisprudencial representada por las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996, 4 de noviembre de 1997 y 28 de junio de 1999, comentadas por FONT en el *Prólogo* a MIR, *La responsabilidad...*, pp. 22-26.

⁴⁷ En GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 5ª ed. pp. 373-374 se lee:

más la especialidad sustantiva de la responsabilidad de la Administración, pues es la única manera de sostener su especialidad científica, procesal y forense. Y aun desde tan “cortijera” posición intelectual, ¿cómo es posible que la buscada especialidad no haya consistido en tratar mejor a las Administraciones públicas que a las compañías con ánimo de lucro?

- d) Interesa referirse ahora a un grupo de casos distinto del relativo a la asistencia sanitaria pública –en el que también la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha acabado desliziéndose por la pendiente de lo insensato, a causa de la peligrosa mención de los “servicios sanitarios” que se contiene en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y cuya eliminación es ya tarea legislativa inaplazable–, a fin de impedir la tan cómoda como frecuente vía de escape de que, en aquel ámbito, ha existido algún abuso jurisprudencial, como el representado por la mentada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, en la aplicación de un régimen legal perfectamente razonable.

Se trata de los nada infrecuentes casos de accidentes de tráfico producidos en carreteras públicas a consecuencia de un obstáculo o una sustancia deslizante caído o derramada sobre la calzada, habiendo transcurrido entre dicho hecho y el acaecimiento del accidente un período de tiempo tan corto que la eliminación previa del obstáculo o sustancia no habría sido posible bajo ningún estándar de cuidado de las carreteras por las Administraciones competentes que pueda ser razonablemente soportado por un presupuesto público.

En cualquier caso importa subrayar que, dado el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima del que parte la cláusula general de responsabilidad, es la Administración quien debe probar la concurrencia de las causas justificativas del perjuicio que motiva la reclamación de resarcimiento, diferencia ésta bien notable que distingue nuestro sistema de los que, partiendo de la responsabilidad por culpa, aceptan singularmente la adición de supuestos específicos de resarcimiento ajenos a ésta, como excepción y complemento de la misma, ya que el carácter excepcional con que dichos supuestos están concebidos aboca a una interpretación restrictiva de su alcance.

Lo que el autor de estas líneas olvida es explicarnos qué puede justificar tan notable diferencia en contra de las Administraciones públicas, en comparación con los sujetos privados dañantes.

Estos accidentes son típicos casos fortuitos, que no de fuerza mayor, porque el riesgo que en ellos se realiza no es en modo alguno extraño a la circulación por carretera. Y no hay forma de sostener que los así perjudicados tienen un deber legal de soportar los daños sufridos, si no se presupone que toda persona tiene el deber legal de soportar los daños fortuitos (esto es, no imputables a culpa de otra persona) que le afecten.

Pues bien, yo considero absolutamente aberrante, tanto desde el punto de vista de la justicia, como desde cualquier política social razonable, que se haga a las Administraciones públicas civilmente responsables de los referidos daños. Algo por completo diferente que ayudar socialmente a quienes, por sufrirlos, resulten en situación de penuria; lo que, como es palmario, no comporta pagar a alguien mucho más rico que la mayoría de quienes pagamos impuestos, ni los ingresos que haya podido perder ni el Ferrari que haya podido destrozar a consecuencia de uno de los mentados accidentes de tráfico fortuitos. Y el que quiera cubrirse frente a tales pérdidas dispone de los seguros de accidentes y de daños, cuyas primas se ajustarán, sin duda, a la entidad cuantitativa de los riesgos cubiertos: al nivel de riqueza de cada asegurado. ¿Discrepa T. R. Fernández?

e) En un anterior trabajo reiteradamente citado escribí:

Por no volver a la asistencia sanitaria pública: ¿sería justo que la Administración tuviera que responder por el funcionamiento normal de la asistencia letrada de oficio, al extremo de que debiera indemnizar a todo el que llegase a probar que sufrió daños porque su abogado de oficio no supo defenderle con el nivel de perfección de los mejores abogados de España, por no alcanzar el cual nadie soñaría hacer responder, ni no pagar sus honorarios, a un abogado medio? ¿Y sería eso justo –por contestar a una fácil objeción– si los abogados de oficio fuesen funcionarios públicos?

La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita no ha convertido en funcionarios públicos a los abogados de oficio. Pero contiene un artículo 26 del siguiente tenor:

Responsabilidad patrimonial.- En lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones

públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las preguntas son claras: ¿Deberán responder los Colegios de Abogados de los daños causados por el hecho de que sus abogados de oficio no hayan actuado con la pericia de los mejores abogados de España o del mundo mundial? ¿Nos inventamos que los así perjudicados asumen voluntariamente el riesgo de ser defendidos por abogados inexpertos, para sostener que aquellos daños no son “antijurídicos”? ¿Inventamos un concepto “jurídico-administrativo” de causalidad que excluya tan peregrina responsabilidad? ¿O sostenemos sencillamente que, como regla, las Administraciones públicas sólo responden por culpa, limitando el alcance de la responsabilidad por el “funcionamiento normal de los servicios públicos” a los que he llamado “daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio”?

- f) A la luz de lo expresado en los apartados precedentes, se comprenderá que yo considere un paso en la buena dirección la fundamental reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero, en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al añadir el siguiente párrafo:

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

No corresponde a este lugar la exégesis detenida de la norma transcrita⁴⁸; pero no sobrarán algunas elementales reflexiones sobre ella:

- (i) A quienes quieran tranquilizarse imaginando que no pone en cuestión el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas, porque no hace otra cosa que precisar la excepción general de la fuerza

⁴⁸ Cf. JORDANO FRAGA, *RAP* 149 (1999), pp. 325 ss; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad...*, pp. 278 ss; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 61-62; MARTIN REBOLLO, *RAP* 150 (1999), pp. 342-343; SALVADOR, en SALVADOR y SOLÉ, *Brujos y Aprendices...*, pp. 14 ss.

mayor⁴⁹, procede decirles que se engañan manifiestamente. En el texto de la norma no aparece ninguno de los dos requisitos que generalmente caracterizan la fuerza mayor frente al caso fortuito o ausencia de culpa: la exterioridad (a la esfera de riesgos típicos) y la irrestibilidad. Aparece la inevitabilidad que, junto a la imprevisibilidad, define el caso fortuito.

Y respecto del intento de lograr similar tranquilidad sobre la base de que no se hace otra cosa que precisar el concepto de “daño antijurídico” (*cfr.* la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999)⁵⁰, nos remitimos a lo que hemos escrito al respecto. 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 existentes en el momento de su producción. Y si la respuesta fuese: por falta de culpa de la Administración⁵¹, ¿cómo afirmar que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas continúa siendo objetiva?

- (ii) Aunque ya se han oído voces denunciando la inconstitucionalidad de la norma analizada, por vulnerar el artículo 106.2 de la Constitución, tengo por seguro que la referencia a “*los términos establecidos por la Ley*” que contiene aquel artículo priva a dicha tesis de cualquier sombra de razón

⁴⁹ Como apunta la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999.

⁵⁰ Comentada por J. F. PÉREZ GÁLVEZ, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 104 (1999), pp. 657 ss.

⁵¹ Para MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad...*, pp. 262 ss., la respuesta es: porque no habría existido “error” o “fallo” en el funcionamiento del servicio público. Pues, en su personal opinión, la responsabilidad objetiva de la Administración ha de limitarse, necesariamente, a los casos de funcionamiento normal “fallido”; existiendo tal, siempre que el daño hubiera podido ser evitado, de haber contado el servicio público con recursos absolutamente ilimitados y ser los servidores públicos absolutamente infalibles. Como el mismo autor reconoce, su interpretación convierte la reforma legal examinada en prácticamente irrelevante. Y hay además un problema conceptual: partiendo de la premisa de recursos ilimitados, ¿porqué atender a los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de producción del daño y no a aquellos que podrían haber existido, si se hubieran dedicado antes recursos ilimitados a la investigación relevante?

(*cfr.* sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1999)⁵².

Ahora bien, dada la tentación que puede sentir por ella la jurisprudencia, debe prevenirse frente a la repudiable maniobra de interpretar el artículo 141.1 en clave de fuerza mayor con el argumento de que, de otra forma, podría ser inconstitucional. Se trata de un precepto postconstitucional, y su tenor literal hace imposible interpretarlo en clave de fuerza mayor. Lo que debe hacer el Tribunal que juzgue que el artículo 106.2 de la Norma Fundamental impone al legislador llevar en todo caso la responsabilidad de las Administraciones públicas hasta la frontera de la fuerza mayor es plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

- (iii) Al parecer, la inspiración de la norma examinada surgió en los aledaños del Ministerio de Sanidad ante la preocupación de que con el virus de la hepatitis C pudiera repetirse, incluso agravada, la bien conocida y, a mi juicio, muy desgraciada historia de reclamaciones de responsabilidad de las Administraciones sanitarias que generó el virus del SIDA.

En alguna ocasión habrá que contar con despacio dicha historia, que sin duda constituye una de las páginas más negras para el Derecho que he tenido la repugnancia de leer; concluyendo por la kafkiana circunstancia de que ciertos fabricantes de productos hemoderivados potencialmente contaminados llegasen a reclamar de la Administración responsabilidad por los daños causados por la inutilización de determinadas partidas de dichos productos a consecuencia de la realización, reglamentariamente prescrita, de las pruebas de detección del virus. ¡Y consiguiendo que el Consejo de Estado dictaminara, por mayoría, en favor de su pretensión indemnizatoria!⁵³ Baste aquí preguntar a juristas como el citado profesor

⁵² En la doctrina, por todos, MARTIN REBOLLO, *RAP* 150 (1999), pp. 341-342.

⁵³ Y que dicha pretensión fuese estimada en parte en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 1993. Hubo de ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo la que pusiera fin a tales delirios de la razón jurídica en la sentencia de 11 de marzo de 1998, confirmada por la sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 1998.

Fernández Rodríguez si merece ser defendida una disciplina legal de la responsabilidad de la Administración que puede inducir tal reclamación; o que generó que prácticamente todas las pretensiones indemnizatorias de los hemofílicos infectados por el virus del SIDA se dirigieran contra la Administración sanitaria, que les había proporcionado gratuitamente los hemoderivados contaminados, y no contra los laboratorios fabricantes y vendedores de dichos productos⁵⁴.

Si la norma que nos ocupa lograra tan sólo evitar, respecto del virus de la hepatitis C y similares, una parte de esa oscura historia, ya merecería mi más encendido aplauso. Hay que advertir, sin embargo, que frente a lo que parece deducirse de alguna reciente aportación doctrinal, no hay ninguna razón sólida para limitar el alcance del nuevo artículo 141.1 a la exclusión de responsabilidad por los llamados “riesgos de desarrollo” en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos⁵⁵. Lo que, por cierto, restringiría radicalmente la relevancia del precepto, puesto que la Administración no es normalmente “productor” de productos en ninguno de los sentidos que asigna a esa expresión el artículo 4 de la citada Ley de 6 de julio de 1994, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos.

El tenor del tan repetido artículo 141.1 permite que la Administración se exonere de responsabilidad demostrando que el estado de la ciencia y de la técnica al tiempo de producción del daño no ponía a su disposición ninguna medida de cuidado que permitiera evitarlo a un coste razonable en atención al riesgo previsible. La “inevitabilidad” no puede entenderse en términos absolutos, puesto que, en dichos términos, todo es evitable: gastando antes ilimitadamente en I & D, u omitiendo sin más la actividad causante del daño.

⁵⁴ Quizás se pregunte algún lector: ¿Y repitió después la Administración contra los laboratorios? Yo he hecho varias veces esta pregunta; y también la pregunta ¿por qué?, cuando la respuesta a la primera fue negativa.

7. Tras más de veinte años de estudio sobre la responsabilidad civil extracontractual, cometiendo alguno de los errores que he criticado en estas páginas, he alcanzado convicciones muy sólidas al respecto. La normativa de dicha responsabilidad en la generalidad de los ordenamientos jurídicos sólo puede comprenderse bien sobre la base de que no se trata de un polivalente instrumento de Ingeniería Social, sino de una institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañante y perjudicado: ya dejando el daño a cargo del segundo, ya poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar. Esto es lo que quiere decir que su función normativa es indemnizatoria; de ninguna manera, que sólo cumpla su función cuando el perjudicado es indemnizado.

Tal como la responsabilidad extracontractual está regulada en el Derecho español, y en muchos como él, no ha sido diseñada para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; y por eso, si previene, sólo lo hará atinadamente por casualidad. Tampoco ha sido diseñada para realizar la justicia en la distribución de la renta; y por eso, la redistribuye a menudo muy injustamente.

La primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido; también, e incluso especialmente, para la responsabilidad de las Administraciones públicas. La Sala Tercera del Tribunal Supremo debería dejar de repartir dinero público sobre una base tan arbitraria como la de que el daño tenga, o no, relación causal con el funcionamiento de un servicio público; y su Sala Primera debería dejar de hacer caridad con el bolsillo ajeno. Pero la sombra del “buen juez” Magnaud es alargada.

⁵⁵ Compárese el texto del repetido artículo con el artículo 6.1.e) de la Ley 22/1994, de 6 de julio.

