

da por los poderes públicos, puede surgir una auténtica conciencia ciudadana de tales deberes (como explicables y no como inexplicables). Que esta "puesta al día" de la norma supone una realización judicial del Derecho, es posible; que, en realidad, no se trata más que de explicitar lo que está implícito hoy en día en muchas sentencias, es seguro.

3.4. Interpretación finalista de la norma general de prudencia

Ya hemos adelantado que el Derecho, al imponer esta norma de conducta, lo hace, como ocurría con las reglamentaciones específicas, para impedir unos determinados daños, para proteger a unos ciertos sujetos. Por eso decíamos que era respuesta a un concreto conflicto de intereses.*

En un partido de fútbol A, espectador del mismo, arroja, de forma totalmente temeraria, una botella de cerveza al árbitro, hiriéndole. El Comité de Competición clausura el estadio por una jornada con lo que el Club pierde una recaudación de 10.000.000 pesetas. Afirmamos que no es un daño que se impute a A. ¿Qué se pretende al considerar imprudente su actuación y diligente, en cambio, la del que se abstiene de arrojar objetos al árbitro? Evidentemente proteger, salvaguardar el derecho a la integridad personal del árbitro y no ningún derecho del Club. Se nos puede decir que la solución se justifica porque la relación de causalidad es débil; la pérdida es consecuencia muy remota de la conducta de A. Pues bien, cambiemos la norma de imputación; A, seguidor de otro equipo, pretendía con su acción per

judicar al titular del estadio e impedir que el siguiente partido, contra su equipo preferido, se jugara en él. Hay dolo. Indudable es que responde de los daños. La causalidad, sin embargo, no ha cambiado en ambos supuestos; lo único que hemos modificado ligeramente es la voluntad de A y con ello la norma de selección causal.

Conduciendo de forma imprudente A se sale de la carretera derribando un poste de la Compañía Telefónica, lo que produce el corte de las comunicaciones a un cierto número de abonados. El daño a éstos causado no se imputa a A pues la conducta diligente que se le exigía tenía como función la de proteger a los peatones y bienes cercanos a la carretera, pero no a los abonados de la Telefónica. (1).

La misma justificación tiene, en nuestra opinión, el que el daño a un derecho de crédito producido por un tercero en quien sólo concurre negligencia no dé lugar a reparación (2). - En cambio, si existe mala fe, la lesión del derecho de crédito debe ser reparada (3). ¿Por qué? Porque la norma de selección -

(1).- Un caso semejante, en Alemania, B.G.H. 9 de diciembre de 1958 B.G.H.Z. 29 (1959) 65, cit. en LIMPENS: ob.cit., pág. 562.

(2).- Ver VINEY: La responsabilité... cit., págs. 245-246.

(3).- Idem.

del daño reparable es diferente; ya no lo es el deber general - de diligencia, sino el dolo.

La interpretación finalista de la norma de responsabilidad se concreta entonces en la búsqueda del "daño jurídicamente típico" en cada infracción del deber general de diligencia. El "daño jurídicamente típico" es el que produce ese desfavor del Derecho consistente en entender que la peligrosidad de la acción supera el "riesgo lícito". En otros términos: para que sea reparable un daño ha de ser manifestación típica de un riesgo ilícito. Típico no significa normalidad fáctica, id quod plerumque accidit, sino normalidad jurídica; por eso hablamos de "riesgo jurídicamente típico". ¿Qué daño, probable o improbable, quería evitar el Derecho al imponer una determinada conducta que señala las fronteras entre el riesgo lícito y el ilícito?

No es daño jurídicamente típico, en los ejemplos anteriores del árbitro y el cable telefónico, ni el perjuicio sufrido por el Club de fútbol, ni el de los abonados cuya comunicación telefónica queda cortada.

3.5. Simplificación legislativa de la teoría de la interpretación finalista de la norma de conducta.

La mitigación de la extensión de la reparación por expresa cláusula legislativa de proporcionalidad entre gravedad - de la culpa y daño reparable parece ser una tendencia general-

zada en el Derecho comparado (1).

A nuestro modo de ver, esta tendencia es fruto de dos corrientes concurrentes:

a) una que puede encuadrarse en la línea de la doctrina de la interpretación finalista de la norma de conducta, de la que es un modo de "simplificación legislativa"

b) y otra que tiende a la desaparición de la responsabilidad por mero "error".

Desde el primer punto de vista no debe de entenderse -- que esta corriente legislativa es continuación ni reedición de la reparación proporcionada decimonónica. Esta tenía un sentido penal: se fundaba en la proporcionalidad necesaria entre pena y delito (civil). La presente tiende a acomodar el daño reparable

(1).- Ver TUNC: ob.cit., pág. 73 y ROUJOU DE BOUBEE: ob.cit., - págs. 323 ss.

Citan estos autores, en primer lugar, el art. 43 del Código Suizo de Obligaciones: "Le juge détermine le mode ainsi -- que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute...". Otras legislaciones por ellos citadas son las de Hungría, Egipto, Siria, Libia, Líbano, Túnez, Marruecos, Irán, Austria y China. También señalan ambos autores que la adopción de este tipo de regla se estudia en los Países Bajos, Alemania y países escandinavos.

Por nuestra parte, podemos añadir el art. 494 del Código civil portugués: "Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, -- desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem."

al que sea ilícito, injusto, antijurídico (situado bajo el ámbito de protección de la norma de conducta). Sólo que, en vez de tener que acudir "pormenorizadamente" el juez a la ratio de cada norma infringida, se trata de una labor más tosca (por eso -decimos que hay simplificación), cual es atribuir, grosso modo, una cierta gravedad a la infracción para, más cuantitativa que cualitativamente, reducir el quantum reparatorio en consonancia.

Ahora bien, ¿proporcionalidad respecto de qué? ¿A qué -debe atender el juez para reducir la extensión de la obligación de resarcir? Hay dos opciones:

1º.- El elemento determinante es la CULPABILIDAD, es decir, "el grado de voluntariedad" existente en el ilícito, la separación de la conducta del agente respecto de la requerida por la ley (a más separación, mayor gravedad). Se pretende distinguir, en este sentido, aquellas acciones en que sólo hay error, de aquellas otras en que hay culpa consciente, premeditación. - Siguiendo esta idea, cabría dar relevancia también a todas las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el caso, así como a la participación de concausas que, no rompiendo totalmente el nexo causal, sí conceden al supuesto una cierta "fortuitidad".

2º.- El elemento determinante es la CULPA, es decir, la trascendencia de la norma de conducta infringida (sea por error sea con cierta consciencia) y la importancia de los intereses por la misma protegidos.

La diferencia la veremos clara con dos ejemplos:

- Un grave accidente aéreo se produce como consecuencia de un leve error o descuido en el comandante de la aeronave. Para la teoría de la culpabilidad, habría que reducir considerablemente el quantum reparatorio, pues sólo hay un pequeño error. Para la teoría de la culpa, la reparación debería ser integral, atendida la importancia de los intereses que la norma de prudencia infringida pretendía proteger.

- Un sujeto incumple voluntaria, consciente y deliberadamente la norma municipal que prohíbe regar las plantas situadas en terrazas que dan a la vía pública antes de las 12 de la noche. Una de las gotas de agua vertidas cae sobre un bebé que sus padres paseaban, produciéndosele una grave infección en un ojo. Desde el punto de vista de la culpabilidad habría escasa razón para la moderación, pues ha habido un apartamiento claro y voluntario respecto de la conducta debida. En cambio, desde el punto de vista de la culpa, la escasa importancia de la norma infringida justificaría una reducción del resarcimiento debido.

La primera fórmula parece responder a una concepción penalista, que, como hemos dicho, no corresponde a la ratio de estas normas moderadoras. En efecto, la responsabilidad es sanción (y no pena) por un ilícito, y como tal sanción sólo puede haber una: la reparación integral. Estas normas moderadoras, por lo que se refiere a la primera de las tendencias o corrientes que estamos examinando, no modifican -pensamos nosotros- la sanción; actúan a nivel de fijación o selección del daño reparado.

ble, de aquél que ha sido ilícitamente causado. Por eso obedecen a la idea del ámbito de protección de la norma infringida; la fórmula correcta para establecer la proporcionalidad es la de la culpa.

Pero la aportación de la distinción entre error (1) y verdadera culpa es interesante. Hemos de situarnos en la segunda corriente: la de la desaparición de la responsabilidad por error. Diferenciada convenientemente la responsabilidad objetiva de la subjetiva, se hace innecesario el recurso a la culpa levissima para encontrar un responsable. Multiplicados los supuestos de responsabilidad objetiva, se hace también in necesario cargar sobre las espaldas del que levemente yerra, la demanda de seguridad de las víctimas. Se tiende a la desaparición de la responsabilidad por error (2). Su lugar ha de ser cubierto, o por normas de responsabilidad objetiva o por el mismo Estado a través de la Seguridad Social. ¿Y mientras tanto, mientras se arbitran y desarrollan estas formas de garantía? Habrá que acudir a un remedio jurídico que no perjudique excesivamente al agente del daño ni a la víctima. Ese remedio está en la equidad. La indemnización equitativa del - -

(1).- TUNC, uno de los principales defensores de esta distinción designa con la palabra "error" "toutes les méprises, inadvertences, relâchements d'attention, réactions malheureuses à un événement imprévu, qui ont toujours été le lot de l'activité humaine ..." (ob.cit., pág. 115)

(2).- Ver TUNC: ob.cit. 114 ss.

daño dependerá del status patrimonial de la víctima y del dañador (1)

Luego en estas normas moderadoras (incluso en el 1103 español) pueden estar incluidos ("juntos pero no revueltos") dos fenómenos diversos.

-uno en sede de culpabilidad, que consiste en considerar no culpable, y por ello no ilícito, el error, pero manteniendo una posibilidad indemnizatoria basada, no ya en la ilicitud (responsabilidad), sino en la equidad.

-otro se refiere a aquellas infracciones (culpas) que lo son de normas de segundo orden o de poca transcendencia. - Aquí no se rebaja la ilicitud de la conducta, sino los daños reparables, mediante una simplificación de la investigación de la norma de conducta. Sigue siendo, por tanto, responsabilidad, y para nada juega en estos casos la equidad.

Esta simplificación legislativa tiene una ventaja importante respecto de la investigación pura de la norma de con-

(1).- Código suizo de las Obligaciones, art. 44: "Lorsque le préjudice n'a été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts".

Código Civil portugués, art. 494, antes transcrito.

Quizás en este sentido pueda inscribirse la línea jurisprudencial recién trazada en España, tendente a hacer un mayor uso del art. 1103 (no sólo en supuestos de compensación de culpas).

Ver: ROUJOU DE BOUBEE: ob.cit., pág. 317. ss.

ducta. Esta permite excluir los daños a determinados bienes y a determinadas personas, pero difícilmente puede limitar el aspecto cuantitativo de un daño. Ello sí resulta posible con la fórmula simplificada, lo que puede tener, en algunos casos, gran transcendencia. Piénsese en quién, por una falta leve, pudiera lesionar a Maradona o a Bo Derek.

Apéndice
=====

El dolo

El dolo se superpone, en principio, sobre una infracción de las que hemos llamado normas de conducta o diligencia. Puede ocurrir :

a) Que se infrinja una norma específica de conducta. P.ej.: para matar a su enemigo el asesino se salta un semáforo en rojo.

b) Que se infrinja una norma general de prudencia, lo que ocurrirá en los demás casos, pues tan contrario a la ley es el acto de no evitar un daño previsible, como el de no evitar un daño previsto.

La especificidad del dolo consiste en que ciertos - - efectos dañosos que no se consideran reparables a la luz de - la norma de diligencia, lo son cuando se da el dolo. El agente doloso responde de los daños que ha querido (o aceptado) -

causar aunque estos no vengan seleccionados por la norma de conducta infringida (por ser riesgo lícito, y en este caso habría abuso de derecho, o por ser riesgo atípico, y entonces habría responsabilidad). A nosotros nos interesa el dolo como norma de imputación del riesgo atípico, pues con ello se demuestra, una vez más, la incorrección de realizar la selección de daños apriorísticamente (en términos de causalidad adecuada, p.ej.) con los solos datos de la acción externa del sujeto y los daños. Cualquier lector de Agatha Christie o Simenon podrá dar múltiples ejemplos de cómo producir un daño utilizando cursos causales irregulares, recursos criminales aparentemente inofensivos y jurídicamente inadecuados.

La cuestión importante es saber cuál es aquí la norma que sirve para seleccionar los daños reparables. Existe una doble opción :

- a) La voluntad del sujeto agente, aunque ilícita, -- autónoma.
- b) La norma de neminem laedere.

El tema es importante en relación con la preterintencionalidad. Los daños preterintencionales quedarían fuera del ámbito de imputación si la norma fuera la voluntad del sujeto (siempre, claro, que se diese, por lo menos, un error excusable sobre los mismos); si, en cambio, la norma fuese la de no dañar, serían, en principio, reparables, en aplicación del principio versari in re illicita tenetur etiam pro casu.

En el mismo plano se presenta la interpretación del artículo 1107 2º: "En caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

La concepción autónoma del dolo lleva a concluir que no existe diferencia cualitativa entre dolo y voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Respecto del negocio bilateral la diferencia estaría en que en éste hay autonomía en todos los intervinientes y en la responsabilidad extracontractual hay autonomía en el doloso y heteronomía en el dañado.

Contra tal teoría se expresa COSSIO (1): "Claro está — que una voluntad de esta especie puede sólo ser considerada como mero hecho por el legislador, el cual aquí reacciona de manera diversa a como lo hace cuando se trata de un negocio jurídico: no sólo niega la eficacia perseguida por el agente, sino — que le impone las consecuencias contrarias a las que perseguía su actuación, mediante las sanciones correspondientes."

De esta argumentación —creemos— se puede disentir:

1º.- El dolo, con un planteamiento de auténtica autonomía, no puede considerarse como un mero hecho. El legislador no

(1).- COSSIO: El dolo...cit., pág. 91.

se interesaría por un acto humano en el que deba haber voluntariedad (hecho), sino por el contenido de esta voluntad. La ley no diría: "se produce tal efecto SI se quiere el daño", sino -- que se preguntaría por qué daño se quiere causar.

22.- Conviene, por otra parte, evitar el dogmatismo en la consideración del negocio jurídico. La afirmación de que, en los negocios, contrariamente a lo que ocurre en el dolo extracontractual, las partes quieren los efectos jurídicos que se producen, es francamente relativa. El error sobre los efectos legales de un negocio es irrelevante. "Estos efectos realmente dimanar de las normas que tienen por finalidad disciplinar la relación que las partes han creado voluntariamente, por lo que invocar la ignorancia de estas disposiciones significa apelar al desconocimiento del Derecho para eludir su aplicación. La irrelevancia del error sobre los efectos legales del contrato deriva, por tanto, del principio que normalmente se expresa con la máxima "ignorantia legis non excusat"..." (PIETROBON) (1). -- ¿Qué decir entonces? ¿Que el contratante, aún cuando yerra sobre ellos, está queriendo los efectos jurídicos? Bueno, pues lo mismo cabe decir del agente doloso de un daño; aún si desconoce la norma prohibitiva y sus efectos (reparación), será responsable de aquél.

(1).- PIETROBON: El error en la doctrina del negocio jurídico.

El objeto de la discusión es aquí nuevamente el dilema entre efecto y sanción. Antes discutíamos si la obligación reparatoria ex culpa era efecto (de la ley, obligación legal) o sanción (ilícito, norma de conducta). Ahora nos preguntamos si la responsabilidad procedente del dolo es efecto (de la voluntad) o sanción (por su ilicitud).

Reglas como la de la irrenunciabilidad de la garantía - contra actos dolosos (art. 1102) y la de su inasegurabilidad, - más tienden hacia lo ilícito (sanción) que hacia el reconoci- miento del dolo como forma de autonomía. Ahora bien, también - pueden entenderse ambas reglas a la luz del principio contenido en el art. 1256: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

En todo caso, nos conformamos con dejar la cuestión - planteada.

CAPITULO II.- LA OBLIGACION DE REPARAR COMO DEUDA DE VALOR
=====

La obligación reparatoria es deuda de valor. Así lo viene reconociendo la doctrina española (1) y extranjera (2), así como la Jurisprudencia (3).

Ello supone que hasta el último momento no se fije el quantum resarcitorio, lo que permite poner en relación el mis-

(1).- SANTOS BRIZ: ob.cit., págs. 331 ss.; HERNANDEZ GIL: Derecho de obligaciones, pág. 203; VATTIER: "Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español", R.C.D.I., 1980 -- pág. 83; BONET CORREA: "Las consecuencias de las alteraciones monetarias de la indemnización de daños y perjuicios (comentario a las sentencias del T.S. de 20 de mayo de 1977 y 21 de enero de 1978)" en A.D.C. 1979, págs. 257 ss.

(2).- Ver SANTOS BRIZ: ob.cit., págs. 335 ss.

(3).- s.T.S. de 20 de mayo de 1977 (rf. 2132), 29 de junio de 1978 (rf. 2455) y 5 de julio de 1983 (rf. 4068, 2ª sent.).

mo con las variaciones intrínsecas de valor de la cosa (cotización o plusvalía) y con sus alteraciones extrínsecas (depreciación monetaria).

Interesa comprender la fundamentación de la naturaleza valorista de la obligación reparatoria. No se trata de que el de la devaluación monetaria o aumento de valor del bien afectado sea un daño que se imputa al culpable, pues atendiendo a — las reglas que antes hemos dado es fácil que, como tal daño, — no fuera considerado reparable, seleccionado en atención a la norma infringida.

Lo que ocurre es que, una vez seleccionados los daños reparables, respecto de éstos, ahora sí, es aplicable el principio de la reparación integral. Ello significa que se deben — borrar, eliminar, estos daños, y para ello hace falta entregar el equivalente del valor actual del bien perjudicado, dejando el patrimonio afectado sin mancha. En estos términos se expresa la doctrina (1) y la sentencia de 20 de mayo de 1977 (rf. —

(1).- SANTOS BRIZ: ob.cit., pág. 342-343; VATTIER: ob.cit.,: — pág. 81: "su objeto está compuesto por un valor, en sentido — propio, que no es una cosa, sino una simple relación, y cuya — función es la de integrar o reintegrar en el patrimonio del — acreedor una magnitud determinada de poder de adquisición"; — HERNANDEZ GIL: ob.cit., págs. 203: "La indemnización compren— de, según el art. 1106, 'el valor de la pérdida' sufrida y 'el valor de la ganancia' dejada de obtener. La indemnización se — dirige, por tanto, no sólo a reestablecer el patrimonio del — perjudicado a la situación en que se encontraba en el momento de producirse el hecho dañoso, sino también a dotarle del equi— valente de lo que habría constituido el normal desarrollo del

2132). (1)

Insistimos: no se trata de un daño (el de la depreciación monetaria) del que se haga responsable al que actuó culpablemente, sino de que, en razón del principio de reparación integral, la obligación reparatoria se considera deuda de valor y, respecto de una deuda de valor, la devaluación no constituye un daño (jurídico), (2).

mismo hasta el momento de la indemnización. Esto hace que lo debido sea un valor; y, en particular, permite tener en cuenta una posible depreciación monetaria en el sentido de elevar la cantidad a satisfacer (...). La indemnización procedente de una deuda de dinero, que, salvo pacto en contrario, consiste en el pago de los intereses convenidos o de los legales (art. 1108) no es una deuda de valor."

(1).- "...como el perjudicado tiene pleno derecho a la reparación total del daño que haya padecido, este efecto puede conseguirse únicamente abonándole una cantidad de dinero que, atendiendo al valor adquisitivo que tenga en la fecha últimamente indicada, sea necesaria para compensarle el quebranto sufrido, dado que, en otro caso, la reparación sólo sería parcial".

(2).- Sobre este tema, ver la tesis doctoral de B. SILLERO (Universidad de Granada 1984), que distingue la deuda de valor de la deuda de dinero con cláusula de estabilización.

CAPITULO III.- ¿QUIEN ES ACREEDOR DE LA OBLIGACION DE REPARAR
=====

EN CASO DE MUERTE DE LA VICTIMA?
=====

Quando por un ilícito se causa la muerte de una persona, ¿quién es titular del derecho a la consiguiente reparación?
¿de qué daños?

La doctrina oscila entre dos posiciones:

a) Están activamente legitimados para pedir la reparación los familiares (o terceros) de la víctima, por los daños que sufren al perder a una persona cercana a ellos. Su derecho a la reparación procede ex iure proprio.

b) La legitimación corresponde, ex iure hereditario, a los herederos de la víctima, a quienes ésta transfiere el derecho a la reparación.

El interés de la cuestión no radica únicamente en la necesidad de determinar si un familiar no heredero pero afectado por la muerte y un heredero que nada sufre por la misma tienen derecho a pedir alguna reparación. Lo hay también cuando coinciden en la misma persona la condición de dolido familiar y heredero, pues, de adquirir el derecho a la reparación por vía hereditaria, los acreedores del fallecido pueden "interceptarlo", lo que no puede pasar de la otra forma.

Siguiendo a ROGEL cabe señalar, en favor de la ^{segunda} primera teoría (ex iure proprio), estos argumentos:

a) "No puede surgir una acción a favor de un cadáver, que es simplemente una cosa mueble".

b) "No puede compensarse el dolor de la víctima porque a ésta no le duele nada". El daño "que se cause a la víctima, si la muerte permite hablar de daño sentido, no puede repararse, porque la víctima no existe ya".

c) "La indemnización tiene siempre un techo que no se puede superar. ¿A quién preferir? ¿al dañado ciertamente o al heredero, que no tiene por qué tener necesariamente un profundo afecto respecto de la víctima, su causante?" (1).

(1).- ROGEL: ob.cit., págs. 117-119.

Frente a esta opinión se levanta la de otros autores - para los que el art. 661 del C.c. "supone un fuerte escollo para la tesis que propugna el nacimiento de una nueva acción de los herederos o reclamantes en casos de fallecimiento instantáneo, prescindiendo como se hace del daño evidente que se causa a la víctima, cual es la pérdida de su vida" (1).

Esto no quiere decir que se niegue a los familiares - cercanos o terceras personas íntimamente ligadas al fallecido el derecho a pedir la reparación del daño, moral o material, - que esta pérdida humana les produce; este derecho de reparación nace ex iure proprio. Así lo han declarado sentencias como las de 20 de diciembre de 1930 (rf.1365) (2). 8 de abril de - 1936 (rf. 958), 27 de abril de 1953 (rf.1270), 17 de febrero - de 1956 (rf.1103) (3), 25 de febrero de 1963 (rf.1187), 26 de

(1).- SANTOS BRIZ: ob.cit., pág. 312.

(2).- "...el derecho a la indemnización pretendida por los re- curridos no provenía de su difunto padre, sino que les pertene- cía por su carácter de mujer e hijos del atropellado, ya que - éste, al fallecer instantáneamente en la tarde del día 14 de - junio de 1925 por consecuencia de haber sido arrollado por el auto-camión, no llegó a poseer ni por un instante el derecho a ser indemnizado que se supone transmitió a sus descendientes, sino que con este acto nació para éstos la acción de indemniza- ción, razón por la cual no tenían necesidad de justificar su - carácter de herederos, que no ostentaron en la demanda, sino - solamente el de hijos y cónyuge del difunto D.G.M., en cuyo ca- rácter les pertenecía el derecho que invocaban..."

(3).- Esta sentencia, tras citar otras anteriores que procla- man "que nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis se- gún la cual el derecho de exigir indemnización de perjuicios - en caso de muerte es de índole patrimonial ingresado en el cau-

enero de 1972 (rf.120) y 1 de julio de 1981 (rf.3037). Esa es también la posición de la jurisprudencia en otros países (1).

dal hereditario de la víctima y transmisible a sus herederos", observa que "resulta conveniente para la mejor inteligencia — del tema propuesto, fijar, aunque sea elementalmente, casos y conceptos, distinguiendo al efecto con relación al difunto por una parte unos perjuicios de carácter patrimonial, como los — gastos de entierro y funeral (...) y, cuando no se trate de — muerte instantánea los de clínica y farmacia, impedimento para el trabajo, etc, que dan nacimiento a una acción de indemnización de la de aquéllos a favor de los herederos desde luego y la de éstos a favor del causante, pero transmisible a sus derechohabientes; y por otro lado el daño moral constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima que aunque compensable también crematísticamente —pecunia — doloris— en la forma prudencial en que puede serlo respecto al cual sigue constituyendo aun en la doctrina de la jurisprudencia un problema, el de la transmisibilidad de la acción competente a los herederos, sobre todo en el supuesto de muerte instantánea, supuesto éste que entendido como simultáneo de la lesión no todos admiten. Pero al lado de estos principios y con la absoluta independencia de los mismos surgen además no sólo los daños de carácter moral que experimentan también los pa— rientes más allegados de la víctima lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas e indemnizable igualmente en dinero, según expresamente ha sido reconocido por este mismo Tribunal (...), sino, además evidentemente, un daño material directo y de orden económico que a los más próximos parientes del — difunto se les causa igualmente, como el que se origina a la — mujer y a los hijos cuando se ven privados de los recursos que con su trabajo e industria les proporcionaba para su subsistencia el cabeza de familia fallecido o a los padres en caso de — muerte del hijo que les ayudaba de igual forma, para cuya in— demnización es indudable que ni unos ni otros necesitan invo— car ni mucho menos justificar la cualidad de herederos de la — víctima inicial..."

(1).— Ver SANTOS BRIZ: ob.cit., pág. 314 y DE CASTRO: "La in— demnización por causa de muerte (Estudio en torno a la Juris— prudencia del Tribunal Supremo)" en A.D.C. 1956, pág. 457-460.

Ahora bien, uno es el daño que sufren estos familiares, que a los mismos ha de ser reparado, y otro diferente "el daño consistente en la pérdida de una vida humana en sí misma considerada". "Este -continúan DIEZ-PICAZO y GULLON- es un daño indemnizable por sí mismo y la legitimación para exigir la indemnización corresponde a los herederos de la víctima" (1). En el mismo o parecido sentido se pronuncia la sentencia de 17 de febrero de 1956 antes citada.

Sin embargo, ni siquiera con esta distinción somos nosotros partidarios de la transmisibilidad del derecho a la reparación a los herederos de la víctima. Aunque el argumento — que creemos principal ya lo hemos puesto en boca de ROGEL, — transcribimos la exposición que, con la intención de rebatirlo a continuación, hace el mismo DE CASTRO: "El derecho a la indemnización nace con el daño y se adquiere en el momento de inferirse; si el daño es el morir, nace cuando la persona ya dejó de existir y no puede, por tanto, adquirir nada porque carece de capacidad jurídica; un cadáver no adquiere derechos" (2).

Para el mismo DE CASTRO tal argumentación constituye un sofisma. "El daño se produce a la persona que vive; y a ella se le quita la vida o se le da la muerte. No es la muerte

(1).- DIEZ-PICAZO y GULLON: ob.cit., t.2, pág. 629.

(2).- DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 486.

(consecuencia) sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable." (1) Aquí es donde, precisamente, discordamos. En el momento de la agresión (acto ilícito) - existe un auténtico daño, un quitar la vida. En este sentido, ampararse en la instantaneidad de la muerte no es argumento vá lido. Pero el daño juega varios papeles en esta obra. Nos remi timos al triple momento del daño dentro de la responsabilidad antes estudiado. Se dan los dos primeros de ellos: la eventua- lidad del daño en el mandato y el daño como contrafigura del - interés que, en el momento de la agresión, del ilícito, tiene el dañado (derecho a la vida). Pero no se da el último. En ca- so de muerte el daño no existe en el momento de la sanción. No es un sofisma decir que la sanción ocupa un momento lógico pos terior al daño y, por ello, a la muerte. Para que exista daño, como requisito de la sanción, debe lesionarse un interés y, -- faltando por muerte la persona, falta también éste (2).

La intransmisibilidad del derecho a la reparación se - da, en nuestra opinión, con independencia de que la muerte sea

(1).- DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 486. La mis- ma idea aparece en DE CUPIS: ob.cit., pág. 665: "Sin embargo, - tanto la responsabilidad, como el derecho al resarcimiento se - originan del hecho dañoso en el momento en que éste es creado - y a causa de su especie perjudicial, sin consideración al momen- to, que puede incluso ser posterior a la actuación de tal cali- ficación, o sea, a la realización del daño. La obligación resar- citoria se refiere al daño, pero aparece en el instante en que ha nacido el hecho productor del mismo, aunque el daño en sí no se haya originado hasta un momento posterior."

(2).- El mismo DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 483, lo afirma: "El Derecho desconoce, en verdad, la continuidad --

instantánea o no. En efecto, hay que distinguir dos tipos de -
daños:

a) el dolor físico producido por la agresión, más el -
daño moral que puede suponer la conciencia, más o menos certe-
ra, de la proximidad de la muerte, cuya reparación pertenece -
al después fallecido, que la transmite a sus herederos.

b) el daño que supone la extinción de la vida como de-
recho, como bien, que, en cambio, aunque se produzca días des-
pués del accidente causante del óbito, no origina derecho a su
reparación, porque, siendo daño en el momento de la ilicitud,
no lo es en el de la sanción.

Aunque pensamos que es interesante y avanzado conside-
rar la vida como un derecho de la persona, no hemos de olvidar
su condición especial que no se da en ningún otro derecho: su
desaparición no deja, como en todos los demás, un "hueco" en -
el patrimonio, "hueco" que es precisamente el que atrae la re-
paración (sanción), sino que supone la destrucción de la misma
titularidad patrimonial y personal. Y si los herederos suceden
al causante en toda su personalidad, se excepciona, por defini-
ción, el que puedan sucederle en su derecho a la vida. Por ---
ello, al no haber titularidad, no hay interés, no hay "hueco",
y, no habiendo "hueco", no hay llamada a la reparación, no ca-
be sanción.

del interés 'post mortem'; muerta la persona, desaparece el so-
porte de su interés".

Como último argumento (1) cita DE CASTRO el de que, si bien el Derecho no reconoce un interés presente a la vida en el muerto, sí ampara, en cambio, "el interés nacido durante la vida a que una determinada situación se produzca o perdure después de la muerte" (2). La explicación que ofrece es la siguiente: "Las disposiciones testamentarias, la vinculación de bienes a una fundación, por ejemplo, se consideran obligatorias, no por el interés que pueda seguir teniendo el difunto después de morir, sino porque durante su vida le interesa tener la seguridad de que su testamento o fundación serán fielmente respetados. Importa a la persona el destino que tendrán sus bienes después de su muerte, y no le interesa menos el importe o cantidad de bienes que pasarán a poder de sus derechohabientes. El perjuicio causado a la víctima de un homicidio está en habersele cortado su vida, en lo prematuro o anticipado (violento) de su muerte. ¿Es inconcebible, en tal caso, un interés legítimo a percibir una indemnización pecuniaria, un ingreso o

(1).- Además de éste, cabe citar todavía el siguiente, que, en nuestra opinión, es de tono menor: "Con motivo se ha calificado de resultado chocante que, si una persona es matada dejando sólo parientes lejanos, el autor no deberá indemnización alguna, y si, al contrario, sólo lo lisa, incapacitándolo para trabajar, deberá abonarle una renta importante. Es, se añade, dar una prima a los imprudentes y homicidas que peguen más fuerte, pues si su víctima muere inmediatamente hacen así desaparecer la acción de los herederos" (DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 487-488). Para nosotros tal pensamiento parte de una base errónea: la de considerar la responsabilidad como pena y no como mera sanción.

(2).- DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 483; el subrayado es suyo.

aumento de su patrimonio en el momento de morir?" (1).

No compartimos tal construcción por una razón: que no puede existir un interés a la sanción que la lesión de un derecho puede comportar independiente del interés en que consiste tal derecho (en este caso, la vida). Y si el segundo interés no existe en un determinado momento, tampoco puede subsistir el otro. Si el fallecido no puede transmitir a sus herederos su derecho a la vida, tampoco puede hacerlo con su "subrogado" reparatorio.

Lo que ocurre es que DE CASTRO tenía puestos sus ojos en el seguro de vida (2), que es, eso sí es cierto, una forma de "beneficiar" a alguien con un efecto de la propia muerte (indemnización). Pero en lo que no estamos de acuerdo es en que quepa identificar seguro de vida y responsabilidad por culpa. No es necesario ni explicitarlas; a lo largo de esta tesis se podrán encontrar razones suficientes como para comprender que no compartamos que pueda "pensarse en que la responsabilidad civil del que dolosa, culposa o negligentemente daña a otro es una especie de garantía o seguro legal a cargo de cada persona (por el riesgo que su conducta supone) en favor de todos los demás" (3).

(1) DE CASTRO: "La indemnización..."cit. • pág. 483; el subrayado es suyo.

(2).- DE CASTRO: "La indemnización..."cit., pág. 483.

(3).- DE CASTRO: "La indemnización..."cit., pág. 485.

CAPITULO IV.- CESACION DE LA ACTIVIDAD DAÑOSA

=====

La responsabilidad no consiste únicamente en reparar - retroactivamente el perjuicio producido, sino que también mira hacia el futuro. En este sentido la sanción no se limita a la obligación de reparar el daño, sino que puede incluir la orden de cesar la actividad dañosa. El porqué sólo puede ser uno: el carácter ilícito de la misma. Ello prueba, una vez más, que no estamos ante un efecto (obligación de reparar) consecuencia de un hecho (daño), sino ante una sanción por un ilícito que, como tal sanción, se dirige tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

Aparte de algunas manifestaciones legislativas concre-

tas de esta forma de tutela judicial (1). La Jurisprudencia española la ha aplicado de una forma amplia y general: s.T.S. de 23 de diciembre de 1952 (rf.2673) (2), 5 de abril de 1960 (rf. 1670) (3), 14 de mayo de 1963 (rf.2699), 10 de marzo de 1980 (rf.1225), 12 de diciembre de 1980 (rf.4747), 17 de marzo de 1981 (rf.1009) y 10 de mayo de 1982 (rf.2564).

(1).- Por ejemplo, art. 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: "La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima..."

(2).- "...no comete el Tribunal 'a quo' la infracción que pretende el 2º motivo del recurso al condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico (...) y una vez que se ha reclamado contra él ante los Tribunales, no pueden éstos permitir que tal perjuicio siga produciéndose, pues de lo contrario sería paradójico que se ordenase la reparación por indemnización de los efectos de un acto tolerable..."

(3).- "La protección de los aludidos derechos civiles como sin duda lo es el de la propiedad privada, no se contrae exclusivamente a la reparación de los daños ya consumados por la imperfección de los dispositivos 'ad hoc' para evitarlos, sino que también debe extenderse, llegado el menoscabo, a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales, como lo patentiza la 'quantio damni infecti' romana y varias normas de nuestro actual derecho positivo..."

Aparte de la evidente ventaja que supone para la parte beneficiada el poder pedir, caso de nuevos daños, la ejecución de una sentencia y no el cumplimiento de una norma, interesa esta forma de tutela judicial en cuanto supone que el juez pueda entrar en la defirición particularizada de la norma general de prudencia. La vaguedad de las formulas empleadas por los tribunales españoles supone una infrautilización de esta posibilidad.

Los tribunales pueden ordenar la cesación de la conducta dañosa porque ésta, o es contraria a una norma específica de conducta o está creando lo que antes hemos denominado "riesgo ilícito". No podrían hacerlo, en cambio, si la actividad fuera calificable de lícita (p.ej. el caso de la televisión del vecino antes mencionado). Sobre este punto volveremos.

Las sentencias de 12 de diciembre de 1980 (rf.4747) y 17 de marzo de 1981 (rf.1009), sin embargo, marcan una línea jurisprudencial que a nosotros nos parece anómala y perturbadora. Se trata, en la última de ellas, de un supuesto de daños en una propiedad por contaminación procedente de una fábrica vecina. La obligación de reparar por parte del dueño de ésta radica -según la sentencia- "más que en la antijuridicidad del acto que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, en la exigencia de justicia conmutativa de que aquél que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad". Semejante es el

supuesto de la s.T.S. de 12 de diciembre de 1980. Si la inmisión es lícita, habría que concluir, en sentido diverso al de las sentencias, que no cabe ordenar la cesación de la misma. -- ¿Porqué dice entonces la s.T.S. de 17 de marzo de 1981 que, -- además del resarcimiento, la empresa causante de los daños "ha de verificar las instalaciones precisas para evitar los daños acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar -- las inmisiones, pudiendo incluso el perjudicado (i.e.) reaccionar contra la causación del deterioro instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo y para que se adopten medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales...?"

A mi modo de ver, hay tres posibles explicaciones tendentes a "normalizar" estas sentencias. Si al lector ninguna -- de ellas le resulta convincente, considere que nuestra valoración de las mismas es negativa:

1º.- Puede calificarse de temerosa e indecisa la postura del T.S. sobre el tema de la antijuridicidad y la ilicitud. Así, en la sentencia de 17 de marzo de 1981, tras afirmar que se da la nota de la antijuridicidad "en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del acto requerían", duda luego de que el acto en cuestión sea antijurídico ("hasta cierto punto no sería contrario a derecho" -dice-). Huye probablemente el T.S. de entrar en la definición/descripción de la culpa. Por esto, a pesar de las dudo-

sas afirmaciones sobre lo antijurídico y lo ilícito, parece en tender el T.S. en estas dos sentencias que en ambos supuestos hay culpa, indefinida, pero culpa. Lo que explica que se puedan ordenar medidas preventivas.

2º.- En la misma línea puede decirse que el hecho de que el argumento de la conmutatividad sea más decisivo que el vacilante de la antijuridicidad para fundar el deber de indemnizar, no significa que también lo sea para fundar la acción de cesación del daño. "La necesidad de poner término a la producción dañosa -dice, en efecto, la s. de 12 de diciembre de 1980- ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio" -por lo que condena al agente del daño "a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones ilícitas".

3º.- La condena consiste en la adopción de "las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales" (ambas sentencias coinciden en la expresión). Esta frase puede entenderse como definitiva de la norma de diligencia que se reconoce y declara frente al causante del daño, consistente en el deber de adoptar las medidas que razonablemente sean necesarias para evitar el daño, pues, como dice la sentencia de 17 de marzo de 1981, no se ha agotado la diligencia. Puede confrontarse el tenor de la frase antes citada, con la s.T.S. de 23 de diciembre de 1952: "condenar a la demandada a que ponga término inmediato a las causas productoras de los daños". En las dos sentencias que ahora examinamos

no se ordena en realidad la cesación de la actividad dañosa — (lícita), sino la adopción de una conducta diligente: agotar — la diligencia hasta los límites de lo razonable.

CONCLUSIONES

DE LA PRIMERA

PARTE

1º.- CRITICA DE LA "EXPANSION". La tendencia "expansiva" de la responsabilidad (evoluciona hacia la ampliación de su supuesto de hecho), que se manifiesta fundamentalmente, en el plano doctrinal, en la intención de situar la antijuridicidad en el daño en vez de en la conducta, y, en el plano jurisprudencial, en la "expansión" de la culpa, aprovechando su propia indefinición o aumentándola con el recurso al "agotamiento de la diligencia", debe ser criticada por producir imprevisibilidad del fallo concreto y por impedir la formación de una doctrina legal sobre la conducta considerada diligente o no culpable.

2º.- NECESIDAD DE LA DISTINCION. Sin embargo, es legítima la tendencia a extender la respuesta jurídica ante el daño. Pero esta respuesta, cuando no hay realmente culpa, debe consistir en una institución diversa de la responsabilidad, - si no queremos destruir esta última.

3º.- UTILIDAD DE LA DISTINCION. La distinción permite la "recuperación" de la responsabilidad, pues supone la eliminación de todas aquellas perturbaciones que proceden del criticado impulso "expansivo". Con ello, se pueden revisar con una nueva luz muchos de sus tradicionales puntos problemáticos,

como el de su mismo fundamento (se le devuelve su carácter sancionatorio),

el de la culpa (se instrumentan los medios técnico-jurídicos para superar su indeterminación, fomentando una Jurisprudencia más definidora y constructiva),

el caso fortuito (se supera la disputa doctrinal sobre si el caso fortuito coincide o no con la ^{ausencia de} culpa),

el del quantum de la reparación (se propone su fijación en atención a cuál sea la concreta norma de conducta infringida, en lugar de hacerlo con el más impreciso e injusto criterio de la causalidad adecuada u otro semejante),

el de la concurrencia de culpa de la víctima (limitando su relevancia a aquellos casos en que sea grave, pero, al mismo tiempo, proponiendo su funcionamiento en forma de "todo o nada"),

el de la legitimación activa para pedir la reparación en caso de muerte (se niega la transmisibilidad hereditaria - del derecho a la reparación en caso de muerte),

el de la naturaleza valorista o nominalista de la deuda indemnizatoria (es deuda de valor "por esencia") y

el de las medidas preventivas del daño incluidas en - la responsabilidad.

segunda parte:

riesgo

CAPITULO PREVIO: LA "EXPANSION" TERMINOLOGICA

=====

Hemos visto en la Parte Primera de esta tesis los inconvenientes del "estiramiento" de la responsabilidad y la necesidad de distinguir de la misma otra institución diferenciada cuyos presupuestos y elementos, como vamos a comprobar en esta Segunda Parte, no son coincidentes con los de la responsabilidad. Pero el primer problema que se nos plantea es el terminológico. ¿Debemos aceptar, por ejemplo, para esta segunda institución, la denominación de "responsabilidad objetiva" o "por riesgo", cuando precisamente buscamos una neta segregación de la responsabilidad? También en el terreno terminológico se ha producido el tantas veces comentado fenómeno "expansivo". Lo veremos en la misma voz "Responsabilidad" (ap.1) y en un término que últimamente se viene ofreciendo como sustitutivo del primero: "Imputación de daños" (ap.2). Criticaremos en este capítulo las consecuencias de esta "expansión" --

terminológica, aunque el convencionalismo que late por debajo de toda la Ciencia Semántica hará que nos situemos en un plano formal y relativo.

Por último llevaremos nuestro tema general "de la expansión a la distinción" a la terminología. Razonaremos la necesidad/utilidad de un término diferenciado del de "responsabilidad"; éste lo será el "Riesgo" (ap.3).

1.- RESPONSABILIDAD

¿Es correcta la denominación "responsabilidad objetiva"?; ¿los supuestos que engloba caben dentro del término "responsabilidad"? Para nosotros se trata de una extensión incorrecta. Sin embargo su uso está muy difundido en la doctrina y en la práctica judicial (1). Habiendo fijado nosotros, -

(1).- La lista de los autores que se adhieren tácitamente a esta opción, al admitir simplemente el término "responsabilidad objetiva", sería interminable. Entre los que se expresan más abiertamente destaco: RODOTA: ob.cit., págs. 78 y 119-122; FORCHIELLI: Responsabilità civile. Lezioni., Padua 1968, pág. 139; LEGUINA: ob.cit., pág. 128; DE CUPIS: ob.cit., págs. 578 ss.

De la opinión contraria son autores como RIPERT: ob.cit., págs. 229-230; ALTAVILLA, cit. en BONVICINI: ob.cit., - t.1, pág. 69, n.2; PACCHIONI: Tratatto delle obbligazioni. -- Introduzione, Turín 1927, págs. 1 ss. y 227 ss; FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO: "¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?. (Notas sobre su naturaleza jurídica)", A.D.C., - 1965, págs. 663 ss. Señala este último autor que se ha incurrido en "un 'panteísmo de la responsabilidad', al proyectar

como presupuesto necesario de la responsabilidad la culpa, es natural que disintamos del uso mayoritario. Pero ahora vamos a centrar nuestra mirada crítica en el exclusivo aspecto terminológico.

Creo que pueden distinguirse tres pretendidas justificaciones de esta ampliación terminológica: una, "reduccionista", otra, "convencionalista" y otra última que podemos titular "del retorno histórico".

A) la tesis "reduccionista". La responsabilidad, tal como venimos estudiándola, es un "fenómeno" (1) complejo que engloba potencia y acto. El momento potencial es el de la norma de conducta, el de la compartimentación de la realidad social en zonas de actuar lícito e ilícito. El momento actual es el de la obligación de reparar, sirviendo de enlace entre ambos momentos la idea de sanción. Pues bien, la tesis que comentamos parte de reducir la responsabilidad a su segundo momento: el del acto. Uno de los principales defensores de la tesis "reduccionista", RODOTA, se expresa claramente: la responsabilidad extracontractual "se presenta como situación concretamente actual, y nunca como eventual o potencial" (2). Sa

dentro de este concepto todo cuanto suponga un deber de resarcir o indemnizar, sea cual fuere la causa del evento dañoso y perjudicial o del incumplimiento" (pág. 664).

(1).- FORCHIELLI: Responsabilità civile... cit., pág. 6.

(2).- RODOTA: ob.cit., pág. 48.

tisface esta concepción la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal". De este modo, en la "responsabilidad" caben la "responsabilidad por culpa", la "responsabilidad objetiva" e, incluso, otros supuestos como la indemnización en el seguro de daños, las prestaciones de la Seguridad Social, el subsidio de desempleo... Reduciendo la "expresividad" del término se amplía su objeto. A mi modo de ver se produce así un empobrecimiento léxico que, ni es beneficioso, ni está justificado.

.B) La tesis "convencionalista" se basa en que, con independencia de su mayor o menor corrección, la utilización del término "responsabilidad" como omnicomprendivo es mayoritaria y generalizada tanto en la doctrina como en el foro. — Pienso, sin embargo, que ello y el evidente peligro que conllevan las nuevas terminologías, los neologismos jurídicos, — pese a ser dos datos ciertos, no nos debe condenar a lo que FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO llama "conformismo o convencionalismo gramatical" (1). Y si es manifiesto que este "nadar contra corriente" terminológico no es exigible (ni recomendable) en un manual o tratado, general y divulgador, si puede serlo a otros niveles de mayor especialidad y menor compromiso, cual — lo es el de las tesis doctorales.

(1).- FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO: ob.cit., pág. 666, n.7.

C) La tesis del "retorno histórico" pretende justificar la "expansión" ahondando en las mismas raíces de la palabra "responsabilidad". Su etimología -se dice- está, en su origen, exenta de toda connotación subjetiva; así lo señala VILLEY cuando afirma que la significación originaria de este vocablo, derivado del lenguaje jurídico romano (respondere), es la de que son responsables "todos los que pueden ser convocados ante algún tribunal porque pesa sobre ellos una determinada obligación, proceda o no su deuda de un acto de su voluntad libre" (1). Para el mismo autor, la incorporación al término responsabilidad de un contenido moral ligado a la culpa es obra de los canonistas, fielmente continuada por el iusnaturalismo; "el sentido del término 'responsable' -continúa- que los modernos han ido a tomar del discurso de la teología o de la filosofía moral, cumple, en la ciencia del Derecho, - el papel de una pieza añadida, molesta y perturbadora" (2).

De esta justificación se puede decir, en sentido crítico, lo siguiente:

1º) Que acudir al origen de un término no debe suponer ignorar los avatares y evolución del mismo, máxime teniendo en cuenta que el Derecho Canónico y el iusnaturalismo no -

(1) VILLEY: "Esquisse historique sur le mot responsable", en ARCHIVES de Philosophie du Droit, nº22, pág. 51; En semejante sentido: CRIADO DE VAL: "Responsabilidad" en Tapia. Publicación para el mundo del Derecho, mayo-junio 1983, pág. 19.

(2).- VILLEY: ob.cit., pág. 58.

sólo han conformado el concepto de responsabilidad, sino una buena parte de las actuales instituciones jurídicas. Eliminar esta influencia del concepto de responsabilidad es como querer definir la pintura sobre las obras rupestres de Altamira, ignorando la posterior evolución pictórica porque sus frutos (p.ej. Miró o Picasso) no coinciden, en su forma o en su espíritu, con aquéllas.

Estoy con GUIJARRO CONTRERAS cuando afirma que "la no ción de responsabilidad queda íntimamente ligada a la culpabilidad (...) porque en el común sentir del hombre medio late ese sentido de equidad que es la esencia del derecho, que no admite, o mejor, rechaza como injusto, el que nadie pueda responder de aquello que acaeció sin culpa por su parte, y este sentido popular de responsabilidad y de culpa enlaza perfectamente con el valor que tales palabras tienen como expresión de instituciones jurídicas consagradas" (1). Y sigo citando al mismo autor: "Si la responsabilidad sigue a la culpabilidad como la sombra al cuerpo, es lógico que al desaparecer ésta no quepa hablar de aquélla, pero lo curioso es que esto no ha sido nunca así y, como ya hemos visto, son innumerables los casos desde las más remotas épocas en que, ante la necesidad de reparar determinados daños, se creó la obligación de indemnizarlos, y en vez de limitarse a establecer esta obligación le

(1).- GUIJARRO CONTRERAS: "Responsabilidad civil automovilista" A.D.C. 1963, págs. 642-643.

gal al amparo de la ley como fuente primordial de obligaciones, se entremezcló innecesariamente el concepto de responsabilidad donde no había necesidad de ella, y como no mediaba culpa surgió la construcción de la responsabilidad sin culpa, concepto un tanto anómalo que da vida a la responsabilidad objetiva (...) introduciendo un confusionismo donde no debe haberlo, ya que no es lo mismo responsabilidad que obligación - de indemnizar" (1).

2º) Que olvida que el pretendido retorno no lo es en realidad, pues poco o nada tiene que ver el objetivismo actual con el primitivo.

2.- IMPUTACION

El concepto de "imputación de daños" parece haberse - presentado como un intento de superar las aparentes limitaciones, debidas a su carga "subjetivista", del término "responsabilidad". Y, en efecto, lo consigue, pues abarca todos los posibles efectos jurídicos derivados de un daño, todas las "reacciones jurídicas" ante el daño.

Pese a que el término "imputación" o "criterio de im-

(1).- GUIJARRO CONTRERAS: ob.cit., pág. 657.

putación" es de uso corriente entre la doctrina actual para definir o plantear la responsabilidad (1), no se ha profundizado demasiado en su delimitación y se utiliza de una forma, quizás, descuidada. Del mismo señala BERTI que corre el peligro de "naufragar en una incontrolada promiscuidad de acepciones" (2).

Es precisamente Giorgio BERTI, un administrativista, el único que, por lo que conozco, se ha ocupado de la definición de "imputación". Imputar significa, según él, "tomar conciencia de una relación entre un hecho y un hombre"; la imputación "actúa, en el supuesto particular, la posición de la persona o el sujeto en relación al ordenamiento" (3). Para

(1).- Hacen uso de este término: RODOTA: ob.cit., págs. 78 y 176; BONVICINI: ob.cit., t.1, pág.5 ("Con il termine di 'responsabilità civile' intendiamo la messa a carico, imputazione in senso lato ... nei confronti di un evento di danno"); TUCCI: ob.cit., pág. 507; LEGUINA: ob.cit., pág. 128 (la responsabilidad civil es "la imputación a un sujeto, mediante la aplicación de un determinado criterio normativo en virtud del cual el sujeto declarado responsable está obligado al resarcimiento patrimonial del dañado"); GARCIA DE ENTERRIA: "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa" A.D.C. 1955, págs. 1121 y 1126-1127; ALPA y BESSONE: ob.cit., pág. 223.

Aunque la lista no es exhaustiva, sí ocurre que ninguno de estos autores se ocupa de la definición o explicación del término imputación.

(2).- BERTI: La pubblica amministrazione come organizzazione, Padua 1968, pág. 159, n.18.

(3).- Idem, donde añade que imputación, "in termini giuridici, significa perciò assumere nella valutazione giuridica implicita in una data normativa il momento, che per ogni fattispecie

el citado autor existe una "imputación mayor" y una "menor". Simplificando los complicados y específicos términos administrativistas en que se expresa, las define así:

- La "imputación menor" consiste en indicar de qué su jeto se van a predicar las condiciones de validez de un acto (procedimiento, competencia, etc...) (1).

- La "imputación mayor", en cambio, se refiere a las condiciones de eficacia. Respecto de los efectos de un acto, ¿de quién se va a considerar que es propio? (2).

En suma, imputación es aquella ligazón jurídica existente entre un acto y un sujeto. Así se lee en el Diccionario de la Academia de la Lengua (1ª acepción): imputar es "atribuir a otro una culpa, delito o acción".

Junto a esta imputación, que podemos llamar subjetiva, existe otra que prefiero denominar circunstancial. Si en la primera hay relación acto - sujeto, aquí la hay hecho - circunstancia. En este sentido se utiliza la palabra imputación en el código (imputación de donaciones: art. 618 e imputación del pago: arts. 1172-4). La imputación ya no responde a la

si enuclea, dell'incontro tra il puramente oggettivo e il puramente soggettivo".

(1).- Ver. BERTI: ob.cit., págs. 338 ss.

(2).- Ver. BERTI: ob.cit., págs. 356 ss.

pregunta ¿de quién? (sujeto), sino a la pregunta ¿dónde? (circunstancia). Volvemos a citar el Diccionario de la Real Academia, esta vez en su segunda acepción de imputar: "señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, -- sea al tomar razón de ella en cuenta".

¿Es correcto, entonces, hablar de imputación de daños? ¿En cuál de las tres acepciones entra? Cuando se dice que a alguien se le imputa un daño, es claro que se está señalando un sujeto, lo que excluye la "imputación circunstancial". Dentro de la "imputación subjetiva" debemos remitirnos a la "imputación mayor", pues nos interesa el momento efectivo del daño, no su ¿validez? (1). Aplicando, entonces, la definición dada, ¿nos podemos preguntar, en cuanto a los efectos de un hecho como el daño, de quién es propio? Un purista diría que no: un hecho no tiene sujeto (2); podrá tener autor, causante, paciente, pero no sujeto. Se puede decir que el Derecho dis-

(1).- Siendo el daño, hecho, no puede predicarse del mismo su validez, atributo exclusivo de los actos. No existe "imputación menor" del daño. Otra cosa es que se dé un juicio, diferente, de imputación del acto causante del daño. Pero no son lo mismo imputación del acto e imputación del daño; en los supuestos de la llamada responsabilidad objetiva, falta imputación del acto (en la mayoría de los casos porque no hay tal acto) y sí hay, en cambio, imputación del daño.

(2).- Esto es mantenible mientras sujeto y persona sean lo mismo o, más bien, no quepa más sujeto jurídico que la persona. -- Persona, de acuerdo con la concepción tradicional, es un centro de atracción de actos jurídicos (realizados por sí o por otro)¹. Por eso todo hombre (persona física) tiene capacidad jurídica y la tiene también la persona jurídica. Como una persona, en cuanto tal persona, no realiza hechos (los hechos que

tribuye el daño, pero no que lo imputa. El Derecho puede ordenar: "debes sufrir el daño", pero no "el daño es tuyo".

Luego son dos las razones que nos impulsan a rechazar este término: la primera, su propia indefinición en la doctrina de la responsabilidad; la segunda, que se basa en una concepción discutible y polémica (sujeto del Derecho) que impide su aceptación generalizada.

Lo que sí hay que reconocer es que el término "imputación de daños" contiene una apreciación muy cierta y descriptiva de una realidad metajurídica o política. En relación al daño entendido como concepto económico, y no jurídico, el le-

dan fuera de la definición de persona), éstos carecen de sujeto. Pero si se admitiese un sujeto diferente de la persona (sujeto no como agente, sino como substrato, como lo que subyace) cabría reconocer la existencia de un sujeto como centro de atracción de hechos. Esta última concepción es mantenida por los sectores más positivistas de la doctrina², empezando por los socialistas o marxistas. Se han señalado como sujetos no personas, la familia, las asociaciones no reconocidas (Mes^usineo)... Sobre este punto y todo lo anterior me parece difícil de mejorar la exposición sintética de FROSSINI en el Novissimo Digesto Italiano, t.17, voz Soggetto del Diritto, págs. 813-816.

1: Define, por ejemplo, CAPOGRASSI, el sujeto jurídico como "unità vivente di atti di volontà diretti a realizzare la vita giuridica".

2: No en vano dice KELSEN que el concepto personalístico de sujeto jurídico no es un concepto necesario de descripción del derecho, sino que sólo es un concepto auxiliar para facilitar su exposición (Teoría pura del Derecho, México 1982, págs. 178 ss.)

gislador, tanto con sus normas de responsabilidad, como con - aquellas otras que denominaremos de Riesgo, realiza una imputación. Por eso, la imputación de daños, en sentido económico, está en gran medida presente en las normas de este segundo grupo; pero lo está en su ratio última, no en la misma norma.

Por tanto, advertimos que, cuando usemos la palabra - "imputación", no pretenderemos asignarle más valor que el meramente gramatical (sinónimo, en buena medida, de "atribución"), sin que asumamos el valor técnico-jurídico que un sector de la doctrina, sin demasiada precisión, como ya hemos dicho, quiere concederle.

3.- RIESGO

Más allá de las razones meramente semánticas que acabamos de desarrollar, la que verdaderamente más nos mueve a - buscar un término diferente y específico es sustantiva. Como venimos anunciando desde las primeras líneas de esta tesis, - la responsabilidad y la institución que ahora pasamos a estudiar son y deben ser distintas. En la primera parte, a través de la crítica de la "expansión" de la responsabilidad, hemos - obtenido como conclusión la necesidad de la distinción. En esta segunda parte desarrollaremos esta distinción, intentando - probar que, no sólo es necesaria, sino también posible.

A diferentes instituciones u objetos deben corresponder diferentes significantes o términos; esa es la razón de -

fondo de nuestra discriminación terminológica.

Lo que ocurre es que los supuestos de esta "responsabilidad sin culpa" se han ido produciendo históricamente por desmembramiento del tronco de la responsabilidad (subjetiva). Esto en sí no debería de tener nada de especial, pues es corriente en el Derecho que cuando una institución o rama jurídica se desgaja de otra, pase a tener una terminología propia (p.ej., el contrato de arrendamiento de servicios pasa a llamarse contrato laboral o de trabajo o la insolvencia, quiebra o suspensión de pagos). Pero ocurre que en la evolución de la responsabilidad se utiliza una técnica especialísima: la de las presunciones legales. Estas presunciones, como luego veremos, constituyen un precioso instrumento de progreso jurídico, caracterizado por evitar el desmembramiento brusco, el cambio precipitado, mediante el establecimiento de un sutil enlace o puente que permite el paso mesurado y sin intermitencias de una situación establecida a otra diversa. Pero el que la diferencia, en cuanto a sus presupuestos, entre la auténtica responsabilidad y fenómenos de no-responsabilidad ("responsabilidad objetiva") sea, en algunos casos, tenue, no es razón para que eludamos el compromiso de llamar al pan, pan y al vino, vino. Acudamos a un ejemplo similar: aunque en algunos casos límite no sea clara la diferencia que media entre las obligaciones alternativas y las genéricas (venta de un ejemplar sin determinar de una camada, p.ej.), no por ello deja de decirse que una cosa son las obligaciones genéricas y otra las alternativas.

"Riesgo es el término que hemos escogido. ¿Por qué?

El término "riesgo" ya ha aparecido en la primera parte de la tesis, cuando hablábamos de "riesgo o daño lícitos o ilícitos". En la responsabilidad el "riesgo" que aparece es ilícito. Por eso el centro de gravedad de la responsabilidad está en la ilicitud del acto que crea el riesgo, del acto de "poder-dañar". En la institución que ahora abordamos, en cambio, el "riesgo" que se presenta es lícito. Al prescindirse, entonces, del dato de la antijuridicidad, e, incluso, del dato del acto, pues no es necesario que se dé un acto voluntario, sólo queda como elemento propio, esencial y descriptivo de esta institución el "riesgo" mismo.

Pero, ¿por qué "Riesgo" en vez de "riesgo"? Porque -- pretendemos diferenciar el Riesgo como institución del riesgo como hecho jurídico. El riesgo como hecho jurídico no es, ni más ni menos, que la contingencia o eventualidad de un mal, - perjuicio o daño. El Riesgo como institución es más complejo, pues en su momento potencial se refiere a una titularidad sobre unos riesgos (como hechos jurídicos), y en su momento actual o de eficacia se manifiesta en forma de obligación de indemnizar, que nace cuando el riesgo se convierte o realiza en ese mal que presagiaba.

TITULO PRIMERO:

FUNDAMENTO

=====

Explicación

El fundamento de la responsabilidad reside en la anti-juridicidad de la conducta (culposa) del agente del daño.

El fundamento de los distintos supuestos considerados como de "responsabilidad sin culpa" es, evidentemente, diverso. ¿Cuál es? Esta pregunta ha originado un enconado debate doctrinal.

Puede eludirse la cuestión con el argumento de que la distribución de riesgos es un problema de oportunidad social (donde juegan razones políticas y económicas) y no de Derecho privado (1). Nosotros preferimos enfrentarnos a la polémica por tres razones:

1º.- En un terreno tan heterogéneo y resbaladizo como el de la llamada responsabilidad objetiva son necesarias algunas claves comunes, algunos principios, que puedan orientar al juez en la interpretación de las normas y, más aún, cuando la labor de aquél es más constructiva: integración (analogía, principios generales...).

2º.- Indudablemente existen razones de oportunidad política, pero debe reconocerse también que en los supuestos le-

(1).- FORCHIELLI: Responsabilidad civil... cit., pág. 134. Compara este autor el problema de la distribución de los riesgos con el de determinar si un impuesto o gravámen fiscal debe permanecer a cargo de cierto operador económico o debe transferirse al consumidor.

galmente escogidos hay una predisposición intrínseca a la transferencia del riesgo al agente del daño. Las razones políticas actúan sobre esta base sólo retrasando, adelantando o aplazando la aparición de las correspondientes normas creadoras de la obligación legal de indemnizar.

32.- En cuanto a las razones económicas, sucede a la inversa: los momentos económicos en que puede fragmentarse la Historia son muy amplios (1), obedecen a la ley de los grandes números y dejan dentro de sí espacio para una motivación específicamente técnico-jurídica. La ratio común que podamos encontrar a todos los supuestos de imputación de riesgos servirá para prever, adelantar y comprender una de estas etapas menores debidas a razones, fundamentalmente, de coyuntura jurídica, aunque se reconozca y asuma el fluir, por debajo de ello, de la Historia con todo su empuje.

Nos adentraremos, pues, en el examen de la ratio común de todos estos supuestos de obligación de indemnizar sin

(1).- En este sentido es correcta la apreciación de FLEMING - (ob.cit., págs. 5 ss) de que la responsabilidad exclusivamente subjetiva era necesaria para que la temprana industrialización no quedara sofocada por una excesiva atención al derecho de sus víctimas. En cambio, ya asentado el industrialismo, — consolidadas y fortalecidas las empresas y desarrollado el seguro privado, pueden entrar en juego las formas objetivas de atribución del riesgo, a la industria, lo que, al mismo tiempo, cumple la misión de expulsar del mercado, por no competitivas, a aquéllas empresas demasiado peligrosas que, por ello, han de soportar un importante lastre en indemnizaciones.

culpa. La cuestión ha interesado considerablemente a la doctrina, que ha elaborado diversas teorías explicativas, que vamos a exponer, críticamente, en un primer apartado (ap.1), para hacer después nuestra propuesta al respecto (ap.2).

1.- CRITICA DE LAS TEORIAS PROPUESTAS

1.1. La equidad

Aquí hay que distinguir: una cosa es pretender que la equidad es fundamento general de todas las normas que establecen obligaciones indemnizatorias sin culpa y otra es entender que la equidad sólo está en la ratio de unos pocos y bien de terminados supuestos. De esta segunda concepción nos ocuparemos más adelante. Queremos, ahora, criticar la primera.

Lo primero que habría que decir, con ALPA y BESSONE, es que "el reenvío a la equidad es sintomático de aquellas tesis que no encuentran argumentos más convincentes y criterios menos genéricos" para justificarse (1).

Por otro lado, ¿dónde está la equidad en traspasar el daño de un inocente (el que lo sufre inicialmente) a otro (el que lo causa fortuitamente)?

(1).- ALPA y BESSONE: ob.cit., pág. 341.

1.2. Richesse oblige

Una variante matizada del recurso a la equidad consiste en adosar la carga del riesgo al económicamente más dotado (richesse oblige). Especial arraigo tiene, en alguna doctrina, una de sus modalidades: enterprise oblige (empresa obligada) (1).

Transcribimos la crítica de TRIMARCHI: "De esta forma el hecho dañoso deviene ocasión para una transferencia de riqueza de las clases más ricas a las menos pudientes. Pero nos parece que, si de verdad se quiere atenuar la disparidad económica entre las clases sociales mediante transferencias de riqueza de una a otra, ello debe ser hecho de forma sistemática y coherente, no de modo esporádico, dominado por la casuística y carente de planificación social, lo que asemeja esta teoría a la beneficencia obligatoria (acertadamente ROSCOE POUND llamaba a esta concepción la del "buen samaritano involuntario")." (2).

No creemos necesario añadir nada más para desautorizar esta presunta ratio de la "responsabilidad objetiva".

(1).- Ver BONVICINI: ob.cit., t.1, págs. 448-449.

(2).- TRIMARCHI: ob.cit., págs. 29-30.

1.3. Assurance oblige

Tal teoría se basa en dos afirmaciones:

- quien está asegurado debe soportar los riesgos de -
quien no lo está.

- debe asegurarse siempre el que esté en mejor dispo-
sición (económicamente entendida) para contratar un seguro.

Lo que ocurre es que, como muy bien demuestra TRIMAR-
CHI, es casi siempre económicamente más recomendable asegurar
el daño que la responsabilidad (1). Por tanto, los riesgos de
berían correr siempre a cargo de la víctima.

No pretendemos ignorar la importancia del papel desa-
rrollado por el seguro en la evolución de la responsabilidad
sin culpa (2). Pero el seguro juega sobre las razones de opor

(1).- Dice TRIMARCHI: (ob.cit., págs. 17-18), que es preferi-
ble asegurar el daño a la responsabilidad "in primo luogo per
chè chi si assicura contro i danni sa quale valore è esposto
al rischio, ed adegua ad esso l'ammontare della assicurazio-
ne, laddove chi si assicura contro la responsabilità civile è
esposto al pericolo di assicurarsi in eccesso, o in difetto,
con un risultato antieconomico in entrambi i casi; in secondo
luogo, perchè nell'assicurazione contro i danni, operando ----
questa a favora del cliente, l'assicuratore è indotto a conce-
dere il risarcimento in modo più sollecito e in misura più --
adeguata di quanto non accada nella ipotesi di assicurazione
contro la responsabilità civile, nella quale il risarcimento
vine conseguito da un terzo non cliente".

(2).- Ver la interesante obra de VINEY: Le declin... cit.

tunidad política y sobre la tendencia histórica a largo plazo, pero no sobre esa zona intermedia que, según hemos explicado, queda entre ambas explicaciones. Desde el punto de vista político, antes de instituir una imputación de riesgos, es necesario comprobar si el titular de los mismos puede asegurarse contra ellos y comprobar el costo político y económico de este seguro. Desde el punto de vista histórico, el seguro cumple una función que se adecúa perfectamente a la tendencia que, a largo plazo, se observa en todo lo referente al daño: la dilución del riesgo (1). Lo que no puede explicar, a nuestro modo de ver y recogiendo las anteriores observaciones de TRIMARCHI, es la ratio de las obligaciones legales de indemnizar.

1.4. Racionalización del mercado

La responsabilidad objetiva es, para TRIMARCHI, un instrumento de racionalización del mercado (2). Introducir en el pasivo de las empresas los riesgos sirve para que sólo se mantengan en el mercado aquéllas, dentro de cada sector, menos peligrosas. Si una empresa es, en comparación con otras del mismo sector, demasiado peligrosa (causa más daños), o debe aumentar sus precios de tal forma que resultan no competiti-tivos, o debe asegurarlos pagando importantes primas, lo que

(1).- La expresión es de TUNC: ob.cit., págs. 145 ss; otros autores hablan de socialización de los riesgos.

(2).- TRIMARCHI: ob.cit., págs. 34 ss.

igualmente repercutirá en el precio. Sólo las empresas más seguras pueden sobrevivir a una imputación de todos los riesgos que causen.

Críticamente puede decirse, en primer lugar, que quizás TRIMARCHI se basa en una concepción un tanto "bucólica" y simplista de la economía de mercado, pues la misión racionalizadora del "excesivo riesgo" puede neutralizarse perfectamente en determinados supuestos como los monopolios o con determinadas técnicas como la publicidad o la oferta de productos altamente especializados.

Por otro lado, de esta manera no pueden fundamentarse de forma global todos los supuestos de atribución del riesgo a persona diversa del perjudicado. Es válida, a lo sumo, como explicación parcial del riesgo de la empresa.

1.5. Solidaridad social

Según RODOTA, la responsabilidad objetiva vendría a cumplir el mandato constitucional (italiano) de "solidaridad social" (1).

El argumento nos parece tenue, difícilmente traslada-

(1).- RODOTA: ob.cit., págs. 101 ss.

ble al sistema constitucional español (1) y, en cualquier caso, excesivamente amplio, de vuelo demasiado alto.

1.6. La teoría de la garantía

Esta teoría, original de B. STARCK (2), aporta de novedoso el buscar el fundamento de la "responsabilidad sin culpa", en vez del lado del autor del daño, del de la víctima. "Todos tienen -dice- derecho a su vida y a su integridad corporal (...); todos tienen derecho a la integridad material de los bienes que le pertenecen, y, más generalmente, a su seguridad material y moral". "Si estos 'derechos' existen (...), ¿no deben ser protegidos, es decir, garantizados por el Derecho? Y los daños que se sufren por el hecho de otro: heridas, muerte, destrucción de objetos, etc., ¿no son atentados a estos derechos? Ahora bien, la lesión de un derecho protegido (...) es una razón suficiente para pronunciar una sanción. Esta sanción no es otra que la obligación de reparar..." (3). - Esto será así, según STARCK, a menos que el causante del daño tenga "un derecho a actuar que le permita dañar impunemente a otro"; es el caso, por ejemplo, del derecho de huelga (4). En

(1).- La idea italiana de la solidaridad social es un residuo de la mentalidad mussoliniana.

(2).- STARCK: "Domanine et fondement..." cit., págs. 475 ss. y Droit Civil obligations. cit., págs. 34 ss.

(3).- STARCK: Droit Civil Obligations. cit., pág. 35

(4).- Idem, pág. 37.

todos los demás casos "el derecho a la seguridad" de la víctima resulta garantizado por el Derecho.

Críticamente se puede decir lo siguiente de esta teoría:

1º.- Dice BACH que "la palabra misma 'reparación' implica la designación de una persona, el responsable, que deberá reparar y cuando esta designación tiene lugar, el fundamento de la obligación de reparar, estatuida por el Derecho, no puede, evidentemente, ser buscado más que del lado del que se ve imponer con ello la carga; por lo menos, es de este lado - que, evidentemente, se deben encontrar algunas razones de la obligación de reparar. Si no, ¿porqué designar como responsable del daño sufrido por la persona B, a la persona A, antes que la persona C o D?" (1).

2º.- Me gusta la tesis de STARCK en cuanto parte de - que toda la responsabilidad gira sobre el conflicto del interés de la víctima a la seguridad y el interés de la persona - agente del daño a actuar libremente, y, en esto, concuerdo - plenamente con él. Lo que no veo tan claro es como esta idea puede servir de fundamento de una "responsabilidad sin culpa". Dice STARCK que el "derecho a la seguridad" de la víctima pre

(1).- BACH: "Réflexions sur le problème du fondement de la -- responsabilité civile en Droit français", R.Tr:Dr.Civ. 1977, pág. 224.

domina mientras no tenga el agente "derecho a dañar", es decir, mientras no sea un supuesto de "daño lícito". Pero, como hemos visto anteriormente, es precisamente la culpa la que determina los límites de lo lícito y de lo ilícito, del "derecho a dañar o poder dañar" de un sujeto. Luego, nada añade esta teoría que sea válido más allá de la misma responsabilidad por culpa. Habrá que concluir, con BACH, que "un derecho no existe en sí mismo y de una vez para todas; sólo existe en relación a una cierta reglamentación jurídica de la que no es, en definitiva, sino la expresión" (1). Esto es lo que ocurre con el derecho a la indemnidad o seguridad de la víctima: que sólo existe en relación a lo que se reglamente como culposos.

1.7. Quien crea un riesgo debe pagarlo

Este es un viejo argumento (risque crée), resucitado posteriormente por COMPORTI bajo la fórmula de la esposizione al pericolo.

La principal objeción (2) que puede hacerse es que

(1).- BACH: ob.cit., pág. 225.

(2).- Critican también esta teoría, aunque desde otros puntos de vista: BONVICINI: ob.cit., t.1, págs. 452 ss, donde expone los detalles de la teoría de la esposizione al pericolo; TUNC: ob.cit., págs. 150-151; PUECH: ob.cit., págs. 196-198; CATAU-DELLA: Recensión de la obra de COMPORTI en R.Tr.Dir. e Proc. Civ., pág. 1678.

no explica POR QUE quien crea un riesgo debe hacerse cargo de él. Lo que está claro, desde nuestro punto de vista, es que no porque su conducta sea antijurídica, pues estamos ante un riesgo lícito, es decir, lo que la doctrina clásica denomina "imprevisible e inevitable". Prueba que esta teoría del riesgo creado no "se sostiene" sola, el hecho de que el mismo COMPORTI tenga que acudir a la noción de la ilicitud, situándola en el daño y no en la conducta. Es, por tanto, La misma base de tal concepción la que no nos satisface.

2.- NUESTRA POSICION

Nosotros partimos de una idea básica: que no hay inconveniente en aceptar que, como señala BACH (1), la fundamentación de la "responsabilidad sin culpa" sea múltiple.

Esto es lógico. Tratándose de obligaciones indemnizatorias creadas por el legislador, cualquiera puede ser la razón que le motive, con los únicos límites, comunes a toda labor legislativa, de la Constitución y ¿el Derecho Natural?. - Ahora bien, esto, que es absolutamente cierto lege ferenda, - exige ciertas matizaciones lege data. Si en hipótesis todas las ratios son posibles, con los pies en el suelo conviene -- darse cuenta de que el legislador es prisionero de su propia

(1).- BACH: ob.cit., pág. 221.

lógica, de los mismos principios que él ha ido formando. Al imponer determinadas obligaciones indemnizatorias el legislador no ha establecido nuevos principios, sino que, al contrario, las ha creado sobre viejas máximas ya existentes. Quizás en este aspecto la doctrina haya pretendido encontrar demasiada originalidad en el hacedor de las leyes (estoy pensando, por ejemplo, en el principio de "solidaridad familiar" con -- que algunos autores, según veremos, quieren fundar la "responsabilidad objetiva" de los padres por los daños causados por sus hijos). Hoy por hoy la "responsabilidad sin culpa" se presenta como una excepción a una cierta regla de que nadie debe responder sin que medie culpa. Si ya es excepcional, en principio, el establecimiento de una obligación de indemnizar sin culpa, ¿no es demasiado pedir que también lo sea el principio que la justifica?

Pues bien, analizando a fondo y sin excesos imaginativos las normas de "responsabilidad sin culpa" existentes, llegamos a la conclusión de que tienen un doble fundamento:

a) unas normas, las más, se basan en el principio de utilidad (ap.2.1.);

b) otras, menos frecuentes (inexistentes, en nuestra opinión, en España), se basan en la equidad (ap.2.2.)

2.1. El principio de utilidad; cuius commoda eius et incommoda.

Esta teoría supone añadir un matiz a la anterior del risque-crée: es el beneficio, la utilidad que se obtiene con el riesgo el que justifica la obligación de indemnizar (1). -- También es vieja esta justificación (risque-profit) (2).

La obligación indemnizatoria tiene su fundamento en -- un riesgo lícito (un derecho o facultad de poder-dañar) que -- el Derecho autoriza, pero a cierto precio: compensación de -- las ventajas con la obligación de indemnizar.

Ahora bien, nos podemos preguntar: ¿siempre que se -- crea un riesgo en propio provecho hay obligación de indemni-- zar? No. Por ejemplo, aunque un peatón pone con su conducta -- un riesgo de arrollar a otra persona, no se le atribuye éste. Entonces, ¿cuáles sí y cuáles no? Aquí es donde ya juegan las razones de oportunidad política. Esto no debe extrañar. En --

(1).- BONVICINI: ob.cit., t.1, pág. 462.

En España aceptan esta fundamentación: BORRELL: "Ha-- cia la responsabilidad sin culpa" en R.D.Pr., 1951, págs. 116 y 124; BONET CORREA: "La responsabilidad objetiva" en R.D.N., 1960, pág. 232; SOTO NIETO: "La responsabilidad civil en el -- accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva", Madrid -- 1969, pág. 22.

En Italia: BARASSI: "La teoría generale delle obbliga-- zioni", vol. 2, pág. 498.

(2).- Ver SAVATIER: "Traité de la responsabilité civile"; t.1; París 1951, págs. 350 ss.

una zona muy cercana ocurre lo mismo sin que nadie se asombre; estamos hablando del daño lícito. En algunos casos el derecho a dañar (ejemplo varias veces utilizado de la televisión del vecino) se concede sin contraprestación; el daño no es indemnizable. En otros supuestos, en cambio, (constitución de una servidumbre legal, por ejemplo) hay derecho a dañar compensado -- por la obligación de indemnizar.

De la analogía existente entre el derecho a dañar (daño lícito) y el derecho a poder-dañar (riesgo lícito) no será ésta la única vez en que saquemos provecho.

La obligación indemnizatoria es el precio del derecho a poder-dañar, (1) precio que deberá pagarse aunque en el caso concreto no se haya aprovechado ese derecho o no se hayan obtenido del mismo los rendimientos esperados. El principio de utilidad está en la ratio de la norma, no en sus consecuencias -- (2).

(1).- PUIG BRUTAU: Fundamentos de Derecho Civil, t.2, vol.2, - Barcelona 1956, pág. 694: "...siempre han existido unas actividades peligrosas y, sin embargo, permitidas. Por consiguiente, todo daño que resulte del riesgo normalmente inherente a las mismas, ha de dar lugar a la obligación de indemnizar a cargo de la persona a la que ha sido permitido observar la conducta o actividad peligrosa. (...) ciertos casos de responsabilidad estricta representan el precio que alguien debe pagar a cambio de serle permitida una actividad o conducta de la índole expresada."

(2).- BONVICINI: ob.cit., t.1, pág. 463.

El cuius commoda eius incommoda está presente en todos los supuestos mayoritariamente considerados de "responsabilidad objetiva": titular del automóvil, explotación de aeronaves y energía nuclear, ejercicio de la caza, tenencia de animales....

Sin embargo, es necesario distinguir. El principio de utilidad justifica dos cosas diferentes:

A) Dentro de la responsabilidad (riesgo ilícito), una acentuación de la diligencia exigible. Quien se lucra con el peligro en que pone a los demás debe hacer todo lo posible para evitar que el peligro se convierta en daño. En términos económicos, le es exigible que reinvierta sus ganancias en un plus de medidas de seguridad.

B) En cuanto al riesgo lícito, origina un desplazamiento de éste del perjudicado al causante. A esto le vamos a llamar Riesgo, por oposición a responsabilidad.

Es importante hacer esta distinción para saber situarnos en cada supuesto dentro de la responsabilidad o dentro del Riesgo, pues, como veremos a continuación, las consecuencias jurídicas son diferentes en uno y otro caso. El Riesgo no es una causa de responsabilidad; se trata de instituciones diferenciadas y, en muchos casos, concurrentes.

La verdad es que la Jurisprudencia, hoy por hoy, no acepta esta distinción, este "salto cualitativo". Mayor exi-

gibilidad en la conducta o diligencia y Riesgo aparecen como - argumentos unidireccionales y, a veces, sinónimos, lo que acarrea los inconvenientes que hemos resaltado en la primera parte de la tesis.

Utilizaremos, para explicar la distinción, una inteligente sentencia del Tribunal de Burdeos de 21 de junio de 1859 (1), en la que pueden diferenciarse perfectamente los dos argumentos: el de la culpa o responsabilidad y el del riesgo. Al paso de un tren, y como consecuencia del lanzamiento de chispas por el mismo, se incendia un campo limítrofe. Se declara responsable a la empresa ferroviaria pese a guardar las precauciones que los reglamentos y la concesión administrativa establecían. "Si las medidas ordenadas por la Administración son insuficientes, la Compañía debe tomar otras más eficaces" (argumento de responsabilidad). "Y, suponiendo que la Ciencia sea impotente para conjurar el peligro -sigue la sentencia-, las Compañías no estarían por ello menos obligadas a indemnizar a los perjudicados. En efecto el daño necesario ocasionado por una industria debe correr a cargo de dicha industria. No puede alegarse el uso lícito del derecho de concesión, puesto que el Estado no ha concedido ni podido conceder el derecho de incendiar, sin indemnización, las propiedades ribereñas de los ferrocarriles" (argumento del Riesgo).

(1).- cit. en LAURENT: ob.cit., t.20, págs. 652-653.

2.2. La equidad

El papel de la equidad como fundamentación próxima de obligaciones indemnizatorias (ya dijimos por qué no creemos en ella como fundamento mediato) es más reducido que el del principio de utilidad. Ello se debe, por un lado, a que "la atribución al juez del poder de decidir en base a una valoración equitativa terminaría con la sustitución de una cabal distribución de los riesgos según criterios constantes y orientada hacia el interés general, por un cúmulo de decisiones imprevisibles y determinadas más por los sentimientos suscitados por el caso singular" que por consideraciones de miras más altas (1). Por otra parte, la equidad sólo puede ser fuente de Derecho por remisión concreta y expresa del legislador (art. 3 2º del C.c.). ¿En qué supuestos se da esta remisión y se funda por tanto la indemnización, no en el principio de utilidad, sino en la equidad? En el Derecho Comparado únicamente conozco dos manifestaciones seguras:

a) De la primera de ellas ya nos hemos ocupado al hablar de la tendencia a la desaparición de la responsabilidad por "error de conducta". Desaparecida la ilicitud de la conducta errónea, puede seguirse manteniendo una cierta obligación de indemnizar en base a la equidad. Es el caso del Código suizo de las Obligaciones, arts. 43 y 44 también citados.

(1).- TRIMARCHI: ob.cit., pág. 29.

b) De la segunda trataremos en la Tercera Parte: se trata de la obligación de indemnizar nacida a cargo de un incapaz por los daños que causa; ni es responsabilidad (falta - la culpabilidad), ni puede justificarse por el principio de - utilidad.

Estos supuestos de indemnización equitativa, a nuestro modo de ver, ni son responsabilidad, ni son Riesgo, sino, más bien, un tercer género. Decimos que no son Riesgo porque les - falta esa naturaleza apriorística del Riesgo que hace que podamos hablar de titularidad sobre determinados riesgos. La equidad es un criterio que funciona siempre a posteriori. Además, sus reglas son diferentes de las del Riesgo; por ejemplo, el quantum indemnizatorio dependerá de la situación patrimonial - de los sujetos en litigio, como corresponde a un buen juicio - de equidad.

En conclusión tenemos que, del otro lado de la frontera de la responsabilidad existe una doble fundamentación de - obligaciones indemnizatorias: el cuius commoda eius incommoda y la equidad. Además, a diferentes ratios diferentes instituciones. Al cuius commoda le corresponde el Riesgo, a la equidad ciertos y específicos supuestos expresamente determinados por el legislador. En esta tesis no vamos a ocuparnos de estos últimos, salvo para diferenciarlos del Riesgo. Nos vamos a centrar en esa institución que se funda en el principio de utilidad y que denominamos Riesgo.

TITULO SEGUNDO:

PRESUPUESTOS

=====

Explicación

Hemos visto en la Primera Parte que la responsabilidad estaba construida sobre tres presupuestos: culpa, causalidad y daño. Ninguno de los tres es presupuesto, también, del Riesgo, manifestación ello de la neta distinción de ambas — instituciones. La culpa resulta sustituida por una norma de la que directamente nace una obligación legal de indemnizar — (ap.1); la causalidad es suplida por la misma titularidad potencial que nace de esta norma (ap.2); y, por último, el daño se muda en lesión, apartado que preferimos desarrollar en el Título correspondiente a los efectos del Riesgo.

1.- OBLIGACION Y NO SANCION

Hemos visto ya el proceso lógico de la responsabilidad: El Derecho impone un acto como debido (norma de conducta). El sujeto omite el acto debido (antijuridicidad). El Derecho le sanciona con la obligación de reparar los daños (que seleccionamos mediante una una interpretación finalista de la norma de conducta).

En los supuestos que enmarcamos bajo el lema de Riesgo no hay sanción por una infracción (culpa), sino acto debido directamente impuesto por la ley. Es obligación legal de indemnizar el daño.

Mientras en la responsabilidad hay dos normas, una — que determina cuál es la conducta lícita y la ilícita, y otra que fija la sanción por la ilicitud, en los casos de Riesgo, sólo existe una norma, la que crea la obligación legal de indemnizar.

Como esta obligación debe preexistir al daño (1), se utiliza, para definir su contenido, el concepto de "riesgo", que no significa otra cosa que el daño en su momento poten—

(1).- VINEY: Le déclin de la responsabilité individuelle, —
pág. 217.

cial, el daño contingente. La obligación legal de indemnizar, en su estado inicial, constituye al deudor de la misma en — una titularidad sobre determinados riesgos. Como decía GAUDEMET, se trata de una "atribución legítima de la carga" (1).

Existe otra teoría al respecto de la naturaleza de la "responsabilidad objetiva" que nos interesa rebatir. Se trata de aquella que considera que esta forma de responsabilidad — consiste en una obligación de resultado de impedir un daño a otro, de la que es sustitutivo, para el caso de incumplimiento, la obligación de indemnizar (2). En nuestra opinión, a dicha teoría le falla precisamente su base: la distinción entre obligaciones de medios o diligencia y obligaciones de resultado (3). A tenor de tal distinción, mientras el deudor de una obligación de diligencia sólo puede ser condenado por una culpa cuya prueba corresponde a la víctima, el deudor de una — obligación de resultado es responsable con independencia de — su conducta, a no ser que pruebe la existencia de una causa — extraña. La distinción, que, sin duda, tiene un importante valor didáctico, supone, a mi modo de ver, una simplificación y, como tal, un empobrecimiento de la realidad. La fórmula de

(1).- GAUDEMET: Théorie générale des Obligations, pág. 297.

(2).- En este sentido BACH: ob.cit., págs. 232 ss.

(3).- Esta distinción está muy arraigada en el Derecho francés, donde apareció por obra de DEMOGUE: Ver un actualizado status questionis en VINEY: La responsabilité... cit., págs. 629 ss.

esta simplificación sería:

obligacion de resultado	=	obligación normal	+	imputación del riesgo al deudor
-------------------------------	---	----------------------	---	---------------------------------------

El empobrecimiento reside en que se coloca a la misma altura lo que está a dos niveles distintos: el de la responsabilidad y el del Riesgo, con diferentes reglas, criterios interpretativos...

Veamos varias manifestaciones de este empobrecimiento:

1º.- El primer matiz que se pierde es el de la naturaleza graduable de la diligencia, pues parece que, a partir de cierta elevación del nivel de la diligencia exigida, nos encontraríamos ya ante una obligación de resultado.

2º.- El caso fortuito, dentro del Riesgo, como ya hemos anunciado y luego veremos, tiene un significado específico y autónomo que esta teoría, lógicamente, ignora. A lo más a que llega es a concebir el caso fortuito como no-culpabilidad, no-acto, en vez de como no-culpa.

3º.- Otra pérdida se produce en cuanto a los efectos, que, como veremos, son diferentes, de la responsabilidad y el Riesgo. Incluso parece que se hace la distinción pero de forma ilógicamente invertida. Así dice BACH que "en caso de responsabilidad civil 'sin culpa' el montante de la obligación de reparar debe coincidir con la exacta medida del daño sufri

do, mientras que en caso de responsabilidad por falta, la obligación de reparar es susceptible de variar según la gravedad de las faltas" (1). Desde luego, es hoy por hoy un poco duro considerar más amplia la "responsabilidad sin culpa" que la que se deriva de una culpa no demasiado grave. Pero ello es consecuencia necesaria de entender que la obligación indemnizatoria es mero sustitutivo o subrogado de la obligación de resultado no satisfecha. Nuestra concepción (directa obligación de indemnizar) permite, en cambio, encontrar un atenuante al quantum del resarcimiento, en un concepto ajeno a toda obligación anterior, cual es el de lesión (más tarde desarrollado).

En general lo que hay es una simplificación de la misma voluntad de las partes (o, en el caso de la responsabilidad extracontractual, del legislador). En un contrato de compraventa el comprador tiene un doble interés, que puede manifestarse en una doble manifestación de voluntad:

a) el interés en recibir la cosa comprada, en atención al cual pactará si el nivel de diligencia exigible al vendedor es más alto, más bajo o igual que el del buen padre de familia.

b) el interés en, caso de no recibir la cosa, no per-

(1).- BACH: ob.cit., pág. 233, n.122.

der el precio, que le puede llevar a pactar una excepción al periculum est emptoris, bien general, bien para ciertos casos en particular.

A la hora de encontrar justificación a esta teoría — hay que tener en cuenta que es siempre más fácil "convertir" en obligación de resultado otra obligación legal o jurisprudencialmente declarada que encontrar concreto fundamento normativo a una obligación legal de indemnizar (ex novo). Como manifestación de la dificultad de esto segundo véase el art. 1090 del C.c. español: "Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán..." Y como ejemplo de la mayor facilidad de la "conversión" puede verse la afirmación de VINEY de que, cuando le faltan otros criterios, la Jurisprudencia acaba determinando si una obligación es de medios o de resultado según criterios de equidad — (1). Esta teoría de la obligación de resultado es, entonces, otra forma de la "expansión" de la responsabilidad, intermedia entre la consideración clásica de la responsabilidad y — aquella otra, ya estudiada, que sitúa la antijuridicidad en el daño. Se diferencia de esta última en que, en lugar de haber una obligación general de neminem laedere, lo que hay es supuestos concretos de la misma, particulares casos de obliga

(1).— VINEY: La responsabilité... cit., págs. 650 ss.

ción de resultado.

Es necesario, entonces, enfrentarse directamente a la motivación de esta teoría, ¿Qué límites se derivan de la consideración del Riesgo como obligación de indemnizar? ¿Realmente son tan importantes como para, caso de pretender un desarrollo generalizado de la "responsabilidad objetiva", tener que buscar otras vías como la que acabamos de criticar? Estos presuntos límites se presentan en la interpretación (A), en la analogía (B) y en la fuente de esta obligación legal de indemnizar (C).

A) LIMITES EN LA INTERPRETACION

¿Puede decirse que los supuestos de Riesgo son de Derecho excepcional y que, por ello, no pueden interpretarse de forma extensiva (C.c. + 2º)? La cuestión se plantea a dos niveles: 1º.- Si toda obligación legal, a tenor del art. 1090, es de Derecho excepcional e interpretación restrictiva y 2º.- Si particularmente lo es la obligación legal de indemnizar.

En cuanto a lo primero, pienso que el art. 1090 exige una interpretación "actualizada", a la luz de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 1º). Esta interpretación nos la ofrece SALVADOR (1): "Muchos autores —

(1).- SALVADOR: "El artículo 1090 del Código civil" en R.J.C. 1978/3, págs. 551 ss.

tienden a interpretar el artículo 1090 en función de un principio ulterior: el principio, también típicamente liberal, — conforme al cual la intervención legislativa en la esfera privada ha de restringirse al mínimo, idea que probablemente debió presidir la redacción del precepto. Conforme a ella se — considera que si bien las obligaciones legales son ciertamente necesarias para la regulación de las relaciones sociales, no por ello dejan de ser en cierta medida algo parecido a un mal necesario: hay que restringir su interpretación (primera parte del artículo 1090) y, en cualquier caso, hay que procurar acercarlas al derecho común de las obligaciones —predominantemente contractual— en todo aquello que claramente y expresis verbis no haya establecido (segunda parte del artículo 1090).— Sin embargo esta tesis no parece aceptable y ello por varias razones. En primer lugar, porque, como veremos al analizar la Jurisprudencia sobre el tema, en la práctica no — ha sido aceptada (...) En segundo lugar porque el marco institucional del que es manifestación el segundo principio ha sido sobrepasado por la realidad y, particularmente por la realidad legislativa. Y en tercer lugar, porque, como ya se ha — señalado, la interpretación considerada convierte al artículo 1090 en antinómico con varios preceptos del Título Preliminar del Código: afirmar, como se hace en bastantes ocasiones, que el artículo 1090 prohíbe la aplicación del argumento analógico a las obligaciones legales (las expresiones "sólo" y "expresamente" se entienden como ordenando la aplicación del argumento a contrario) implica proponer una lectura del enunciado en cuestión que entra en conflicto con la que resulta del

artículo 4 2º el cual establece una limitación al uso de la analogía bastante más estricta." (1) Creo que con esto es suficiente para pasar a la siguiente cuestión: ¿existe una excepcionalidad específica en la obligación de reparar? Así lo afirma expresamente algún autor (2) y parece, además, estar latente o subconsciente en la mente de muchos otros.

¿El Riesgo es una institución de Derecho excepcional? Para que algo sea excepción, debe existir una regla. En este caso -se dice- la regla es que sólo se responde por culpa. Entonces, puesto que en el Riesgo no hay culpa, se trata de una excepción. Sin embargo, hay algo que falla: en el Riesgo no se responde. Los efectos del Riesgo, como veremos más adelante, son esencialmente diferentes de los de la responsabilidad. -- Por eso no es excepción a una regla, sino que es regla él mismo, con sus propios principios, criterios, efectos, presupuestos... Responsabilidad y Riesgo no son regla y excepción, sino regla y regla.

Con esto entendemos confutada la opinión restrictiva según la cual no cabe interpretación extensiva de los supuestos de "responsabilidad objetiva". Y esta posibilidad de interpretar extensiva y correctamente va a ser fundamental para

(1).- SALVADOR: ob.cit., págs. 552-3, y, más desarrollado en págs. 571 ss. El subrayado es suyo.

(2).- FORCHIELLI: Responsabilità civile... cit., págs. 137-8.

una de las cuestiones-claves que tocaremos en esta tesis: la transformación de las normas de presunción en normas de Riesgo.

B) LIMITES A LA ANALOGIA

¿Está prohibida la extensión analógica de los supuestos legales de obligación de indemnizar? Así lo han pretendido algunos autores (1), con los que no estamos de acuerdo. En primer lugar, porque el mismo artículo 1090, si seguimos la tesis de SALVADOR (2), no constituye obstáculo para la analogía. En segundo lugar, porque ateniéndonos a lo que hemos dicho al hablar de la interpretación, no concurre ninguna excepcionalidad específica en el Riesgo que justifique la aplicación del artículo 4 2º del C.c.. Ahora bien, a la hora de aplicar la analogía no debe conformarse el juez con encontrar la identidad de razón en el simple cuius commoda eius incommoda, pues actos útiles y con un cierto contenido de poder-dañar son casi todos los que el hombre realiza, desde bajar todos los días las escaleras de su casa para ir al trabajo hasta dar un paseo tomándose un helado. Hay que descender, para encontrar la identidad, a esas razones de oportunidad que motivan al legislador a convertir un supuesto en que se da el -

(1).- SUSS: "La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán", R.D.Pr. 1943, págs. 149-150; FORCHIELLI: Responsabilità civile... cit., págs. 137 ss.

(2).- SALVADOR: ob.cit., págs. 572 ss, donde pueden verse sus argumentos.

cuius commoda eius incommoda en obligación legal de indemnizar. De otra forma, la "responsabilidad objetiva" podría alcanzar, en manos del juez, proporciones desmesuradas y contraproducentes. No basta, pues, para fundar la analogía, el principio de utilidad. Es necesario acudir a la legislación sobre Riesgo existente en cada momento y país, para descubrir ese plus de razón, esa motivación circunstancial que mueve al legislador. No nos proponemos aquí desarrollar estas razones, - pues pensamos que es más importante que ello (que es coyuntural) fijar qué es el Riesgo como institución. Pero se pueden adelantar algunas posibles ratios de oportunidad de la legislación española: que exista un patrimonio responsable, que el riesgo sea asegurable o que corrientemente se asegure (lo que es manifestación de la primera idea), que el riesgo sea de muy frecuente conversión en daño (automóviles, aeronaves, caza...) o de graves consecuencias (energía nuclear), que intervengan instrumentos (automóviles, aviones, maquinaria industrial, armas...), o animales o personas dependientes, en alguna manera, del hipotético titular, que el bien puesto en peligro sea la integridad personal o la vida de terceros...

C) LIMITES A LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

En cuanto a la aplicabilidad directa del principio de utilidad como fuente de obligaciones indemnizatorias creo que, hoy por hoy, hay que ser prudentes y negar esta posibilidad:

1º.- En primer lugar, porque el artículo 1090 sí parece sea un obstáculo a la creación, en general, de obligaciones legales sin ley y sobre un principio general. De no opinarse así dicho artículo quedaría vacío, sin contenido (1).

2º.- Porque, además, ya en el plano concreto de la obligación indemnizatoria, cabe repetir lo dicho últimamente al tratar de la analogía. En efecto, entre el principio de utilidad y la realidad social a regular se interponen unas razones de utilidad y oportunidad político/económicas que no es posible obviar y cuya declaración es misión exclusiva del legislador.

Hay que concluir, entonces, que el principio de utilidad juega un papel informador de todos los supuestos de Riesgo, pero, hoy por hoy, no tiene, en este ámbito, categoría de fuente de obligaciones indemnizatorias.

2.- TITULARIDAD Y NO CAUSALIDAD

Hemos dicho, tratando de la responsabilidad, que la causalidad sirve para identificar al sujeto sobre el que va a

(1).- SALVADOR: ob.cit., págs. 568-570.

folio 248

TITULO TERCERO:

LIMITES

=====

Explicación

En este Título vamos a estudiar los dos principales -
límites o hechos impeditivos del Riesgo; el caso fortuito ----
(cap. I) y la culpa concurrente de la víctima (cap.II).

CAPITULO I.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

=====

Ninguno de los dos conceptos de caso fortuito que hemos estudiado en sede de responsabilidad (como no-culpa o como no-culpabilidad) es, desde luego, válido para el Riesgo, pues, en éste ni hay culpa ni hay acto o culpabilidad, sino sólo titularidad. Por eso pensamos que es más correcto, tratándose de imputación de riesgos, hablar de fuerza mayor, en vez de caso fortuito, si queremos dar un sentido específico a ambos términos (1). En el peor de los casos habrá que aceptar que existen dos conceptos de caso fortuito, uno para la responsabilidad propiamente dicha y otro para la llamada "objetiva" o Riesgo (2).

(1).- En este sentido, GUIJARRO CONTRERAS: ob.cit., pág. 686.

(2).- Ver TRIMARCHI: ob.cit., pág. 177; SAVATIER: ob.cit., -- t.1, págs. 227-228.

La definición de la fuerza mayor (o del caso fortuito) es trascendental, pues la misma funciona como límite del Riesgo en numerosos casos. Por ejemplo, dentro del panorama jurídico español, en el art. 1905 del C.c. y en la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor (1).

¿Qué significa en casos como éstos el caso fortuito o la fuerza mayor? Muy sencillo: el riesgo no imputado, no incluido en la correspondiente titularidad. ¿Cómo saber qué riesgos se imputan y cuáles no? También es fácil. O la ley nos proporciona expresamente ese dato o habrá que buscarlo en la ratio misma de la imputación (espíritu y finalidad de la norma). Es un problema de interpretación. Hemos dicho que la ratio común a todos los supuestos de Riesgo está en el principio cuius commoda eius et incommoda, es decir, en la necesidad de compensar una facultad de poder-dañar. Lógicamente el único poder-dañar del que su titular obtiene o puede obtener un provecho es el de las consecuencias típicas y propias del ejercicio de determinada actividad o de la tenencia de cierta cosa. De lo atípico, lo ocasional, no se puede obtener provecho, es ajeno a la reciprocidad del commoda y el incommoda, no es cuantificable. Lo atípico es el caso fortuito.

(1).- Art. 1: "El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo".

La tipicidad o no de un riesgo depende de dos variables:

A) El daño. El riesgo que se imputa puede incluir cualquier tipo de daño o sólo cierta clase de ellos. Dentro de esta segunda posibilidad caben las consiguientes gradaciones. --- Veamos un ejemplo: el propietario de un animal, pongamos un perro, responde de las mordeduras, arañazos, arrollamientos, --- etc. que este animal puede ocasionar. Tal es el riesgo típico del animal. En cambio, es riesgo atípico el que el animal, con un arañazo, inocule a la víctima una extraña y desconocida enfermedad tropical. (1)

B) El proceso causal. En el riesgo típico se pueden incluir todos los daños que se deriven de cualquier proceso causal en que intervenga esa cierta actividad o cosa de que hemos hablado, o bien sólo determinados procesos causales; en este segundo caso, nuevamente, caben las lógicas gradaciones.

En realidad todo proceso causal es atípico, pues ninguno se repite en todas sus circunstancias. Pero, según vamos --- alejándonos de las causas remotas del daño y acercando a las --- próximas, podemos encontrar más y más identidades o comunidades, es decir, tipicidad. Interesa, por tanto, fijar en cada caso el nivel causal de definición del riesgo.

(1).- El ejemplo es de TRIMARCHI: ob.cit., págs. 222-223.

Se entenderá mejor esto con un ejemplo. Tomemos dos su puestas: el uno el de la "responsabilidad objetiva" del automóvil de la L.S.U.C.V.M.; el otro, imaginario, el de la hipotética "responsabilidad objetiva" de las empresas eléctricas por los daños que sus equipos o materiales originen. Un mono se ha escapado de un circo. Se introduce en un automóvil y salta sobre la cabeza del conductor, que, al perder el control del coche, atropella a un peatón. A continuación el mismo mono sube a un poste de electricidad provocando la caída de un cable de alta tensión sobre una persona que allí se encuentra, que resulta electrocutada.

Tenemos varias causas encadenadas. La causa más próxima del daño o accidente es, en un caso, la caída del cable, y, en otro, la pérdida del control del automóvil por parte de su conductor. Si nos detenemos aquí, si colocamos en este punto - el nivel causal de definición del riesgo, en ambos casos nos encontramos ante un evento típico. La pérdida de control de un automóvil y la caída de un cable son accidentes que se dan todos los días y que llenan las páginas de sucesos de los periódicos.

Si nos colocamos en la causa de esta causa, es decir, en la causa segunda (la intervención del mono), la tipicidad desaparece absolutamente. La probabilidad existente de que un conductor pierda la dirección del automóvil al verse molestado por un mono que se introduce en él no será superior a una entre un billón, al menos en las carreteras españolas. Y si acu-

dimos, también, a la causa tercera (que el mono se haya escapado precisamente de un circo), disminuye la probabilidad a niveles inapreciables. Y lo mismo pasa en el caso del cable eléctrico.

Luego lo que importa es el nivel causal de definición del riesgo. Si sólo se exige tipicidad en la causa primera, éste de los ejemplos es un riesgo típico. Pero si se requiere que la causa primera proceda a su vez de otra causa también típica, el supuesto del mono es atípico, es caso fortuito. Y más si pedimos tipicidad también en "la causa de la causa de la causa" (el mono se escapó de un circo).

El nivel causal de definición del Riesgo vendrá dado por la norma que defina la correspondiente titularidad. Luego no tiene por qué ser el mismo en todos los casos: véase el siguiente cuadro realizado sobre los dos ejemplos anteriores:

	AUTOMOVIL (1)	EMPRESA ELECTRICA
DAÑO	Lesión al peatón	Electrocución de una persona
CAUSA DIRECTA	Atropello por automóvil.	Caída de un cable. Las <u>em</u> presas eléctricas deben indemnizar por la caída de cables sin más <u>investi</u> gación, pues este es el riesgo típico del que obtienen provecho. Este es el NIVEL CAUSAL DE DEFINICION DEL RIESGO.
CAUSA SEGUNDA	El mono. Es una causa extraña a la conducción y, por tanto, riesgo no imputado al conductor. Este es el NIVEL CAUSAL DE DEFINICION DEL RIESGO.	El mono. Por debajo del nivel causal de definición todo es indiferente; Podría haber sido un árbol caído, el viento o unos niños jugando.
CAUSA TERCERA	Se ha escapado de un circo. En ambos casos estamos bajo el nivel de definición, luego tal particularidad es irrelevante.	

En definitiva, el caso fortuito no es más que un problema de interpretación de la titularidad de riesgos imputados a un sujeto. Por tanto habrá un caso fortuito diferente para

(1).- Seguimos aquí la que parece ser opinión mayoritaria de la doctrina, aunque luego nosotros prefiramos una concepción más restrictiva de la fuerza mayor.

cada supuesto de Riesgo. Ya lo hemos visto con el ejemplo del mono.

Esta labor interpretativa no está exenta de dificultades. Tomemos, por ejemplo, la L.g.U.C.V.M.. ¿Son fuerza mayor, o sea, riesgo no imputado, atípico, el mono del ejemplo, el rayo que alcanza al conductor, el obstáculo imprevisto en la carretera?

La Jurisprudencia ha atajado la cuestión, pues, en --- aquellos supuestos que se le han presentado como de hipotética fuerza mayor, ha sentado la negativa en la falta de imprevisibilidad, es decir, en la culpa del conductor (4 de marzo de --- 1974 (rf. 929) y 21 de septiembre de 1974 (rf. 3559)). Digo --- que ha atajado la cuestión porque el grueso del problema está en determinar si, de darse las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, ese riesgo correspondería o no al --- conductor, cuestión que podría ser previa a la anterior, pues con ello se le ahorraría a éste algún esfuerzo probatorio inútil y se ganaría en seguridad jurídica.

¿Cuál puede ser la decisión correcta si la pretendida fuerza mayor se presenta efectivamente como imprevisible e --- irresistible, como ocurre con los ejemplos antes citados? Habrá que acudir a la titularidad legal de los riesgos, como antes expusimos. Esta nos dice (art. 1 de la L.g.U.C.V.M.) que --- no hay obligación de indemnizar cuando el hecho se debe únicamente a "fuerza mayor extraña a la conducción o al funciona--- miento del vehículo". Luego añade la ley: "No se considerarán

como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

Ahora bien, el hecho de que los accidentes debidos a causas internas del automóvil no constituyan fuerza mayor no significa que, por exclusión, todos los demás lo sean. Es necesario, en consecuencia, interpretar la expresión "fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo". Para ello acudiremos a la ratio de la imputación de riesgos, al expíritu y finalidad del art. 1 de la L.s.U.C.V.M.. Caben dos posiciones en cuanto a esto:

A) La primera encuentra el fundamento del precepto en la dificultad práctica que supone, en los accidentes de circulación, la prueba de la culpa del conductor. Se trataría, entonces, de una inversión legal de la carga de la prueba. En tal sentido llega a decir BARREIRO que el verdadero significado de la norma "es el de una presunción de culpa del conductor y no una forma clara y abierta de responsabilidad por riesgo o por mera causalidad"(1). En la misma línea, aunque matizadamente, se inscribe la calificación de "responsabilidad objetiva atenuada" (2) o la jurisprudencial de "responsabilidad cuasi-

(1).- BARREIRO: "El seguro y la responsabilidad en función de la reparación de los daños causados en la circulación vial" - en R.D.Pr., 1965, pág. 386.

(2).- GOMEZ DE ARANDA en el Dictamen de la Comisión de Justicia de las Cortes (cit. en SOTO NIETO: "La responsabilidad..." cit., pág. 29).

objetiva" (v.gr., 30 de marzo de 1974 (rf. 1211)) (1).

Pero, ¿cómo explicar entonces que no sea posible para el conductor probar su diligencia, ni tan siquiera que el accidente se ha debido a un fallo de un mecanismo del coche del -- que no es responsable (p: ej., reventón de un neumático que -

(1).- No parece tener muy claro el T.S. el tema del fundamento de la responsabilidad automovilística. Sus sentencias resultan desconcertantes y contradictorias. Así la s.T.S. de 27 de enero de 1983 (rf. 392) dice que la L.s.U.c.V.M. "no consagra una responsabilidad objetiva, pues si así lo hubiera querido el legislador lo hubiera (sic) declarado expresamente, como hacen -- las leyes de Navegación Aérea de 27 diciembre 1947 (art. 120) y la ley de Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nu----- clear de 29 abril 1964...". "El seguro obligatorio responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación contribuye -- a reparar los efectos de una responsabilidad por riesgo en la que siempre hay un principio de actuación culposa, pues de -- otra forma se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola ser vir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros, y en cuanto también, por último, la indemnización por el seguro no debe oscurecer en modo alguno la responsabilidad individual ni la idea de culpa, ni es admisible que el derecho de responsabilidad civil sea borrado ante los seguros, -- pues sería absurdo pensar que un medio meramente liquidador de una responsabilidad civil extracontractual pueda desdibujar -- los rasgos fundamentales de aquélla, pudiendo decirse que en -- la pugna establecida en la doctrina científica y en la política legislativa entre el principio tradicional de la responsabilidad subjetiva y el moderno de la responsabilidad por riesgo el primero conserva su preeminencia, debiendo seguirse únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva, dado su carácter excepcional, cuando expresamente es declarada en Ley; pero no cuando, como en el caso ahora contemplado, se debió el accidente a culpa exclusiva de la víctima". La sentencia parece una recopilación de críticas obsoletas y prejuicios ya superados ante la llamada "responsabilidad objetiva", poniendo de

unas horas antes había comprado de primera mano)? ¿Se explica esto por las limitaciones propias de un juicio ejecutivo, como lo es el de la L.s.U.C.V.M, cuya precisión y urgencia exigen - la exclusión de determinadas formas de oposición y prueba? Lo dudamos mucho. La exposición de motivos de la ley de 24 de diciembre de 1962 (que luego pasaría al Texto Refundido hoy en vigor) señala que "el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima se busca a ultranza, pero - en su propio campo [el civil] y con pleno fundamento jurídico, como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la ley, en función del riesgo que implica el uso y circulación de vehículos de motor". O sea, a) que su fundamento es el riesgo y b) que se trata de una obligación legal, lo que excluye toda posibilidad de entenderla como inversión de la carga de la prueba del acto ilícito (ver art. 1089). También pueden citarse las palabras con que ITURMENDI, ministro de Justicia, se dirigió a las Cortes para presentar la ley: "Si nos paramos en el Derecho Romano y en las necesidades de la sociedad romana, nos basta con la responsabilidad civil nacida de la culpa aquiliana. Pero si el derecho ha de ser intérprete de las exigencias de la sociedad en que impera, no puede cerrar los ojos a la realidad. Y esta realidad, en fun--

manifiesto que la tendencia "expansiva" de la responsabilidad no sólo le afecta a ésta, sino que tiende a interferir notablemente en el Riesgo.

Pues bien, ¿no es chocante que en el mismo año, en s. de 8 de julio de 1983 (rf. 4118, 2ª sent.), el T.S. declare - que la normativa del seguro obligatorio obedece a criterios - ajenos a la culpabilidad del agente?

ción del riesgo que hoy implica el uso y circulación de vehículos de motor, al igual que ocurre con el riesgo profesional en los accidentes de trabajo, impone la prevalencia del principio de la responsabilidad objetiva.- Esta es la poderosa razón de que el proyecto de ley (...) reconozca la existencia de una -- nueva fuente de responsabilidad, que tiene su origen en el daño producido a un tercero por la peligrosidad inherente al creciente desarrollo del tráfico...- La objetivación de la responsabilidad civil significa dar un paso más allá de lo que representa la mera inversión de la carga de la prueba, por cuanto -- tal inversión supone la existencia de culpa y [la ley] la amplía, en función del riesgo, a otros comportamientos no comprendidos en ella..." (1).

B) Es más correcta, entonces, la otra fundamentación: se trata de un supuesto de Riesgo, de una obligación legal de indemnizar basada en el riesgo creado y aprovechado por el conductor del automóvil. Habrá que investigar, pues, cuál es el riesgo típico que justifica la ecuación provecho-daño, pues -- ese es únicamente el imputado.

A nuestro parecer el riesgo típico del automóvil es el del atropello o colisión debido a la inercia que su velocidad potencia. El riesgo reside en la peligrosa posibilidad de que,

(1).- Cit. en ABELLA: Ley del Automóvil (Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor), - Madrid 1963, págs. 91-92.

sin control o pese al control del conductor, el coche entre en colisión con otro vehículo o atropelle a un peatón. Esta inercia es el riesgo típico del automóvil, que no se da (o se da - en mínima medida) en otros vehículos como carros de mano, bicicletas, caballos, coches de niño... En conclusión, si en esta inercia está el riesgo, lo mismo da que la pérdida del control del automóvil se deba a un rayo, un mono, el desmayo del conductor o un obstáculo imprevisto. Estas particularidades quedan por debajo del nivel causal de definición del riesgo.

Esto excluye de la titularidad de riesgos el debido al papel pasivo del automóvil (está aparcado y un ciclista choca con él (1)). Pero también sirve para excluir otro supuesto más dudoso : al automóvil aparcado se le rompen los frenos fortuitamente (no hay ninguna culpa apreciable) y, deslizándose por efecto de su propio peso, irrumpe en la carretera atropellando a un peatón. Aquí no ha jugado la inercia propia de la conducción o automoción, que es el riesgo típico del automóvil, sino una inercia debida a la inclinación de la vía que no es propia exclusivamente del automóvil, pues bien se puede dar en un coche de caballos, en unos patines, un carro de mano o un puesto rodante de helados y chucherías...

Volvamos a la fuerza mayor. Por lo dicho nos manifes--

(1).- SOTO NIETO: La responsabilidad... cit., pág. 34.

tamos en favor de una interpretación restrictiva de la misma. La misma tendencia puede observarse en el extranjero (1). Apoya esta restricción también la relación existente entre la L.s.U.C.V.M. y la de Accidentes de Trabajo. Señala REYES MONTE RREAL que "a la hora de precisar conceptos y este motivo de exoneración, el legislador de 1962 se ha orientado totalmente en el precedente de la Ley de Accidentes de Trabajo" (2). Pues bien, en la Ley de la Seguridad Social (texto Refundido de 1974), que recoge en este aspecto aquella otra ley, se dice en su art. 84 4º que se entiende por "fuerza mayor extraña al trabajo", la "que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la Naturaleza".

Sabiendo que ya de primeras dice la L.s.U.C.V.M. que sólo se imputan unos riesgos, los de causar daño con motivo de la circulación, el concepto de fuerza mayor como límite de tal imputación queda prácticamente vaciado de contenido. Apenas podrían caber dentro de él supuestos catastróficos, como pueda serlo la guerra. Sea así. ¿Por qué no? La razón por la que en

(1).- Ver VINEY: La responsabilité... cit., págs. 478-479.

(2).- REYES MONTERREAL: Comentarios a la ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, Barcelona 1965, pág. 391.

la L.s.U.C.V.M. aparece la fuerza mayor como límite de la obligación de indemnizar, a diferencia de lo que dicen, por ejemplo, la ley de Navegación Aérea (art. 120), la de Energía Nuclear (1), o la del Seguro Obligatorio de Viajeros (2), puede residir en una causa política. Teniendo en cuenta que el precepto resultaba, en su momento, revolucionario, y por ello fue criticado desde algunos sectores de la vida política, que pugnan por mantener la responsabilidad por culpa (3), bien pudo ser la referencia a la fuerza mayor una cláusula de contentamiento cuya función mediadora ya no está justificada hoy.

(1).- Sólo merecen consideración de fuerza mayor, "el conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional" si a ellos se debe "directamente" el accidente. (art. 45 3º).

(2).- Hay obligación de indemnizar "aunque dichos accidentes - provengan de atentado criminal, guerra, revolución, motín, tumulto popular, sedición, rebelión y demás causas de fuerza mayor".

(3).- Ver ABELLA: ob.cit., págs. 91-92.

CAPITULO II.- CONCURRENCIA DE CULPA DE LA VICTIMA

=====

Al tratar de la concurrencia de la culpa de la víctima como límite de la responsabilidad nos hemos mostrado partidarios de una consideración francamente restrictiva. Ahora vamos a continuar en la misma línea, desarrollando y extremando más las ideas allí lanzadas, apoyados en el dato de que la doctrina propugna soluciones especialmente restrictivas en la "responsabilidad objetiva" (1).

Es común a casi todos los supuestos de imputación de -

(1).- Ver en este sentido el reciente artículo de VINEY: "La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir" en S.J. 1984, 3155, especialmente nº 36.

imputación de riesgos que se ponga por límite la culpa exclusiva de la víctima (1).

¿Debe darse una interpretación amplia o restrictiva de esta limitación?

Una primera posición es la de extender al máximo su contenido "para dulcificar un poco la dureza que ya de por sí implica la objetividad de la obligación de indemnizar", de tal forma que ha de bastar con demostrar que la conducta de la víctima "ha sido descuidada o no conforme a un comportamiento normal, sin necesidad de incurrir en culpa, concepto éste que por su marcado matiz y contenido jurídico resulta siempre de difícil y delicada valoración" (2). En este sentido parece descansar el Tribunal Supremo cuando reconoce fuerza eximente, por ejemplo, a la actuación imprudente de los menores de edad (s. T.S. 12 de junio de 1970 (rf. 2918), 16 de noviembre de 1971 (rf. 4843), 13 de febrero de 1975 (rf. 486), 20 de febrero de 1976 (rf. 788)), posición divergente de la mantenida en sede de responsabilidad.

¿Cuál puede ser el fundamento de esta doctrina amplificadora del concepto de culpa del perjudicado? Según nosotros -

(1).- L.s.U.C.V.M., art. 1, 1; Ley de Energía Nuclear, art. 45 2º; Ley del Seguro Obligatorio de Viajeros, art. 8; Cc. 1905; Ley de Caza, art. 33 5º.

(2).- GUIJARRO: ob.cit., págs. 671-672.

creemos, lo es una concepción de la "responsabilidad objetiva" como inversión de la carga de la prueba. A tenor de la misma, lo que hay en todos estos supuestos es que, desconociéndose la causa de un accidente, se presume que ha sido debido a culpa - del conductor, del cazador, del propietario del animal... Por eso, cuando consta que la causa lo ha sido la intervención extraña o anormal de la víctima (concepto amplio en el que cabe la conducta de los menores), se rompe la presunción: ya no hay causa ignota que justifique la imputación del daño al correspondiente titular.

Ya hemos manifestado (más tarde volveremos otra vez sobre ello) nuestra oposición a tal forma de entender la "responsabilidad objetiva". Para nosotros ésta constituye una auténtica obligación legal de indemnizar, una imputación de riesgos - que exige comprobar, no si la conducta de la víctima excluye - la culpa (presunta) del titular, sino si, aún siendo imprevisible e inevitable, debe entenderse que es uno de los riesgos imputados o no.

¿Qué condiciones ha de reunir, entonces, la conducta - de la víctima para que, como riesgo, no se impute al titular - de la obligación legal de indemnizar? Ya hemos dicho anteriormente que la infracción por parte de una persona de una norma específica o de la general de prudencia no tiene señalada como sanción la de padecer los daños propios. El descuido en la gestión de los propios intereses no los deslegitima. No ha de buscarse, por tanto, el significado de la culpa de la víctima en

una norma de conducta infringida, pues su sanción no es el padecimiento de los propios daños. Ya hemos visto antes que la culpa del perjudicado es sólo relevante en dos formas, que vamos a llevar a los supuestos de Riesgo: como causa del daño -- (A) y como asunción del riesgo (B).

A) ¿Qué conducta del sujeto perjudicado, entendida como causa del accidente, no está incluida en los riesgos imputados? Es decir, ¿qué conducta del sujeto pasivo es asimilable a la fuerza mayor, queda fuera del área de riesgos imputados? Tomemos, por ejemplo, la responsabilidad objetiva automovilística. Hemos dicho que el riesgo imputado era el riesgo típico -- del automóvil y que éste lo era el de atropello o colisión como consecuencia de su propia inercia: ¿Cuándo la actuación de la víctima puede constituir un riesgo diferente de éste? En principio parece que nunca, pues la conducta imprudente del peatón no es más que una variante del atropello, es decir, del riesgo típico del automóvil. La actuación del perjudicado como causa, por muy anormal, extravagante e imprevisible que sea, -- queda por debajo del nivel causal de definición del riesgo, como ocurría con el ejemplo del mono, que, en extravagancia e imprevisibilidad, desde luego, le gana.

De todas formas, se puede incluir un matiz. De darse -- un supuesto en el que, de no existir el riesgo automovilístico, también se habría producido el mismo resultado dañoso, no cabe duda de que nos encontraríamos ante un fenómeno extraño a dicho riesgo, en el que el automóvil cumpliría un papel casual

que otros instrumentos habrían.. podido jugar en su lugar. En esta definición cabe un único caso: el del suicida (1). La circulación automovilística nada añade al resultado; de no existir la misma el suicida habría encontrado otros médicos. El atropello es entonces una mera causa instrumental, no eficiente.

Tal acción sería relevante en cuanto simple causa anormal no imputada con el resto de los riesgos, no en cuanto culpa. Por ello es indiferente que el suicida sea mayor de edad o no.

B) Como hemos señalado, creemos que la imprudencia en la gestión de los propios intereses no los deslegitima. De la única manera en que puede "deslegitimarse" el interés de la víctima a la indemnidad es mediante renuncia a la misma. A esta renuncia la hemos llamado asunción de riesgos.

La asunción de riesgo, para ser relevante y válida, debe cumplir dos requisitos:

a) Que el riesgo sea concreto y conocido.

Vimos en sede de responsabilidad como quienes aceptan

(1).- Se le podría asimilar también el supuesto de un asesinato conseguido empujando a la víctima bajo las ruedas de un coche "inocente".

ser conducidos por un automovilista embriagado asumen el riesgo preciso y conocido que tal estado conlleva. Es como si dijeran: "Yo monto en el coche, y si se produce el accidente, que asumo como posible, dado el estado del conductor, me aguanto".

No puede decirse, en cambio, que con sólo subir a un automóvil cualquiera, ya asumamos los riesgos del mismo, aunque en general se conozca su existencia, pues lo que ignoramos es el riesgo preciso de ese automóvil. El hecho de que un autoestopista suba a un automóvil no significa que acepte, de forma precisa, los riesgos de éste (1).

Hay previsión concreta del riesgo cuando, con el semáforo en rojo y viendo que se acercan los coches, un peatón empieza a cruzar la carretera. Es como si dijera: "Yo cruzo contando con que ningún conductor pierda en este momento y de forma fortuita el control del automóvil o resulte tan sorprendido por mi presencia que no pueda frenar a tiempo; si eso pasa, me aguanto. Sé que puede ocurrir, pero lo asumo."

No hay, en cambio, asunción de riesgos cuando el peatón cruza la carretera por lugar no señalizado, pero cuando no se aprecia la proximidad de ningún automóvil. Aquí el riesgo -

(1).- Desde 1968, en Francia la Jurisprudencia aplica la responsabilidad cuasi objetiva "par le fait des choses" en supuestos de transporte benévolo: VINEY: La responsabilité... cit., - pág. 764.

es desconocido y abstracto, absolutamente hipotético. El peatón no dice: "cruzo, y si aparece algún coche y me atropella, me aguanto", sino "cruzo porque pienso que no puedo ser atropellado". Cruza porque, para él, no hay riesgo, no porque lo asuma. ¿Y si efectivamente había cerca de él un automóvil en marcha que, por atolondramiento, no vió? La asunción de riesgos es un acto jurídico. ¿Como tal, le es aplicable la teoría del error inexcusable? ¿Es lo mismo riesgo conocido que riesgo inexcusablemente desconocido? No se puede contestar sino afirmativamente. Sólo que debe rebajarse el nivel de lo vencible, de lo excusable. El error debe ser más craso que leve. Apoyo esta afirmación en:

- la mínima formalidad que concurre, normalmente, en los actos de asunción de riesgos. La mayor formalidad de un determinado acto provoca que haya un tiempo mayor para la formación de la voluntad. Por eso, a mayor formalidad, menor excusabilidad. En los supuestos que estudiamos el proceso de formación de la voluntad se reduce, en los más de los casos, a décimas de segundo. Más exigente se puede ser en la aceptación del error cuando se trate de un pacto expreso de asunción de riesgos.

- la naturaleza gratuita de la asunción de riesgos (excluimos el pacto expreso de asunción), pues, aunque su motivo pueda ser la comodidad o ahorro de tiempo del peatón, su causa es gratuita, pues no supone ningún sacrificio ni contraprestación por parte del automovilista. No se puede trasladar a los

negocios gratuitos el concepto de error excusable propio de los onerosos (1).

Hay asunción precisa de riesgos en el pescador que pretende saltar un canal en vez de ir por el camino adecuado (es el caso de la s.T.S. 29 de octubre de 1979 (rf. 4260)).

(1).- DIEZ-PICAZO y GULLON: ob.cit., t.1, págs. 521-522: "¿Deben protegerse a todo trance las expectativas del que recibe una atribución patrimonial gratuitamente? No parece justo afirmarlo así, pensando que la excusabilidad se asienta en un principio implícito: el de la protección de los intereses contrapuestos a los del que sufre el error, siempre que sean tan dignos de consideración por estar situados en el mismo plano. Los intereses del que recibe una atribución patrimonial sin ningún sacrificio por su parte son inferiores, en una estricta valoración, a los del que efectúa la atribución, y deben ceder en todo caso para la prevalencia de éstos." Con este argumento la excusabilidad no sería rebajada, sino totalmente apartada.

Por ello, la cuestión podría retomarse desde otro punto de vista, de tal forma que pueda excluirse relevancia amulatoria al error debido a culpa grave. Una cuestión es la de la confianza provocada en el contratante o beneficiado (en los negocios unilaterales recepticios) y otra muy diferente la de la tutela de quien yerra. No se olvide que la protección jurídica que se otorga sobre el error consiste en una acción de nulidad relativa. Como toda acción debe estar fundada en un interés legítimo. No es legítimo el interés de quien debe su error a culpa realmente inexcusable, grave. El Derecho únicamente otorga su protección a quien demuestre ser digno de ella; no lo es quien actúa con tamaña ligereza. Sobre este argumento, "savigniano", puede verse PIETROBON: ob.cit., págs. 276 ss, aunque este autor disienta.

No la hay porque el peatón circule por derecha de la carretera, pues su acto no indica necesariamente que conozca el peligro concreto que corre. Se nos puede contestar que debía conocer la norma que le obliga a circular por la izquierda. Pero ya hemos dicho que la culpa de la víctima no es una cuestión de normas, sino de asunción del riesgo como tal. Una cosa es que se presuma iuris et de iure el conocimiento de las leyes (si es que así puede entenderse el art. 6 1º del C.c.), y otra que ello se extienda a la comprensión de su ratio, es decir, el peligro que pretenden evitar.

b) Que el acto sea asimilable a un consentimiento puro y simple.

Puede encontrarse un consentimiento en soportar las consecuencias de la respuesta del animal en quien le agrede y provoca voluntaria y premeditadamente. No en quien, por actuar descuidadamente, le pisa el rabo a un perro que, por ello, le muerde.

Hay consentimiento en quien entra en una finca en la que ha podido leer el típico letrero de "¡cuidado! Perro peligroso suelto (1).

(1).- Claro que nos podríamos preguntar si esta asunción de riesgos es válida y si el propietario del animal puede servirse del citado anuncio para salvar su responsabilidad (objetiva) o si es contrario al orden público. La cuestión se presenta diferenciada según nos situamos en la responsabilidad o en el Riesgo.

Hay consentimiento, en general, cuando se conoce (o se debió conocer pero no se hizo por error grave) el peligro y, con plena consciencia, se actúa como si no existiera. No habría, entonces, consentimiento en los casos que podemos denominar de "error de conducta": despistes en la conducción automovilística o en la circulación peatonal (peatón distraído, p. ej.), errores e imprecisiones en la conducción (pasar de la línea intermediaria al tomar una curva, "asomarse" demasiado en un stop, frenar bruscamente cuando el piso está mojado...).

Dicho gráficamente, para que haya consentimiento debe

Desde el punto de vista de la responsabilidad, probablemente se esté cometiendo una imprudencia al tener un animal peligroso aunque sea dentro de los límites de la finca y con el aviso; esta imprudencia puede adoptar la forma de:

-abuso del derecho de propiedad respecto de quien entra en la finca para recuperar un balón que allí se le había caído.

- desproporción en los medios empleados en una legítima defensa "adelantada" de su propiedad respecto del ladrón.

La norma de conducta infringida (responsabilidad) tiene mucho de Derecho necesario y, por eso, es fácil que no resulte afectada la responsabilidad del dueño ni por el cartel anunciador, ni por la asunción del riesgo por la víctima.

Si situamos el problema estrictamente en el Riesgo, la solución es diversa. La norma que impone la obligación de indemnizar es dispositiva. Por tanto, la culpa no puede excluirse en este caso, pero sí el Riesgo. Pensemos en un ejemplo: la víctima entra asumiendo los riesgos y no hay imprudencia en el dueño del perro porque lo tiene bien atado; es como consecuencia de un evento realmente fortuito que se rompe la cadena justo en ese momento, quedando libre el animal.

haber un "detenerse" ante el peligro, un "pensarlo" y un "decir adelante".

Entendida así la culpa de la víctima, la desplazamos - del campo de la "sanción", que, como hemos dicho, no le corresponde, al de los "actos propios", los facta concludentia e, incluso, la buena fe (1).

Así considerada la culpa de la víctima, lo que a todas luces queda fuera de la misma es la conducta imprudente del menor de edad, pues le falta capacidad para realizar válidamente el acto de asunción de riesgos. Por muy imprevista que sea la brusca intrusión de un niño en la carretera (simplifiquemos el supuesto: sin culpa de sus padres o guardadores), está claro que el accidente se debe al riesgo creado por el automóvil respecto de quienes ni entienden ni obedecen, por naturaleza, las normas establecidas para la remisión del dicho peligro.

Nuestra postura es fundamentalmente distinta de la del

(1).- Se pueden distinguir los "actos propios" y los "facta concludentia" o declaración tácita de voluntad, en este caso, de renuncia (ver DIEZ-PICAZO: La doctrina de los actos propios, Barcelona 1963, págs. 148 ss y 159 ss). La proximidad entre ambos conceptos se evidencia por su fácil confusión, de la que el mismo Tribunal Supremo ha sido presa (ver: DIEZ-PICAZO: La doctrina... cit., pág. 198). La dificultad en la discriminación se acrecienta cuando se trata de actos en los que es, por lo menos, dudoso que exista una auténtica naturaleza negocial. Tal es el caso de la asunción tácita (facta concludentia) del riesgo.

Tribunal Supremo, que, como ya hemos visto, parte de postulados diversos. Difiere la postura del alto Tribunal de la nuestra en lo siguiente:

a) Concede relevancia a la actitud objetivamente imprudente de los menores de edad (1).

b) "Sanciona", igualmente, los "errores de conducta". En un cruce con escasa visibilidad la víctima, conduciendo una motocicleta, irrumpe "unos dos metros y medio en la mitad izquierda de la calzada, en el sentido de la marcha, por donde circulaba el camión, bien porque no se detuvo ante la obligatoria señal del Stop o lo hizo incompletamente, no deteniéndose al borde de la calzada, y adentrándose con exceso evidente e innecesario, interponiéndose en la trayectoria que seguía el camión (s.T.S. 2 de julio 1975 (rf. 2942)). La víctima traspasa con su vehículo la línea divisoria de la carretera (s.T.S. 24 de septiembre de 1975 (rf. 3134) y 14 de diciembre de 1976 (rf. 5647)). "El turismo... conducido por..., bruscamente y sin aviso ni precaución, torció hacia su izquierda con el fin de ir a una estación de servicio situada en la misma y en el momento de invadir esta zona izquierda, colisionó con el autocar... que iba a bastante velocidad de vacío, por su derecha..." (s.T.S. 30 de enero de 1976 (rf. 93)).

(1).- Las sentencias han sido citadas anteriormente.

c) Aprecia culpa exclusiva de la víctima, aún cuando el riesgo aparezca en abstracto y desconocido por ésta. El Jefe de Máquinas de un barco fallece como consecuencia de una explosión en los motores de éste. El accidente se debe a que esta persona había olvidado abrir las válvulas del compresor (aquí hay error de conducta) y el sistema de seguridad no funciona debido a su estado de suciedad. Era obligación del fallecido el mantener en buen estado de conservación y limpieza los motores del barco. El T.S. en sentencia de 27 de mayo de 1982 (rf. 2603) admite la existencia de culpa exclusiva de la víctima. Nuestra solución hubiera sido diferente. Hay infracción de una norma de conducta laboral, de acuerdo, pero ello no debe dar lugar más que a una sanción laboral y a una hipotética responsabilidad frente a terceros del Jefe de máquinas. No tiene por qué sufrir los daños como sanción por ésta infracción, a no ser que se descubra una conducta verdaderamente asuntiva del riesgo. ¿La hay en el hecho de no cuidar de la limpieza del motor? Pensamos que no, pues el riesgo de explosión (en el caso concreto explotó el tubo compresor, "saliendo proyectado el separador de aceite que golpeó en la cabeza" al accidentado) no se presenta como concreto y conocido, sino abstracto e indeterminado (1).

(1).- En el mismo sentido la s.T.S. de 16 de octubre de 1981 (rf. 4674 de 1982). Una embarcación cuya vela era excesivamente alta, navegando por un río, choca con un cable de alta tensión, resultando accidentados sus tripulantes. El T.S. declara haber culpa exclusiva de las víctimas porque, al margen de otras razones, "desatendieron los expresos avisos y consejos que se les dieron, entre otros por el propio Presidente del re

Por otro lado, es necesario señalar que la idea de la asunción de riesgos no es extraña al T.S. La sentencia de 16 de junio de 1975 (rf. 2453) exime de responsabilidad al dueño de la cantera donde se hallaba la charca en que una niña resulta ahogada "ante la voluntaria aceptación del riesgo por parte de la víctima". Empaña en parte el valor que, para nosotros, puede tener esta sentencia el hecho de que se afirme que el fallo habría sido igual "con letreros anunciadores del peligro - legibles o no por dos niñas incultas de 13 años o sin ellos".

En definitiva, bien sea por la vía de la asunción tácita del riesgo (el error inexcusable debe ser craso), por la de los "actos propios" (la conducta en que consisten los "actos propios" "puede inducirse de un acto o de varios, pero sólo debe tomarse en consideración en cuanto revela una actitud, una postura, un modo general de proceder" (1)), o por la de la buena fe (sólo la culpa grave excluye la buena fe (2)), se llega

ferido club náutico, en el sentido de que navegasen a motor, - sin velas ni arboladuras y con el debido cuidado" y "faltaron en adoptar las precauciones debidas en parajes desconocidos - por los mismos, habiendo de prever las dificultades que podrían aparecer en la navegación". Nuevamente nos encontramos ante un riesgo demasiado general e inaprehensible como para ser asumido. En realidad recuerda un poco al genérico "sé bueno" o "ten mucho cuidado" de las recomendaciones paternas.

(1).- DIEZ-PICAZO: La doctrina... cit., pág. 195.

(2).- Ver BUSNELLI: "Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto 'ingiusto'" en Studi sulla buona fede, Milán 1975, pág. 576; MONTEL: "Buona fede", voz del N.D.I., t.2, --- págs. 605 ss; Art. 1147 del código civil italiano: "E possesso re di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui -

a la conclusión de que no cualquier negligencia o descuido --- constituye "culpa exclusiva de la víctima", sino uno de cierta entidad. El concepto más debe restringirse que ampliarse. En este sentido cabe resaltar una recientísima tendencia de la Jurisprudencia francesa según la cual la culpa del peatón no supone exoneración para el conductor "obligado a garantizar la integridad corporal de los que no están motorizados, más que cuando esa culpa es de excepcional gravedad" (1).

diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da ---
colpa grave."

(1).- Sentencia del Tribunal de Arras de 6 de octubre de 1982, que sigue la línea marcada por el arrêt Padirac de 21 de julio de 1982 (ver la primera sentencia comentada por CHABAS en S.J. 1983 nº 19941. En el mismo lugar puede encontrarse referencia a la legislación sueca que, en este punto, toma también la opción de la culpa grave.

TITULO CUARTO:

EFFECTOS

=====

Explicación

En este Título nos interesa realizar un estudio comparativo de los efectos del Riesgo en relación a los de la responsabilidad. Empezaremos con la cuestión del contenido y extensión de la obligación de indemnizar propia del Riesgo (cap. I). Luego atacaremos al problema de la legitimación activa para pedir la indemnización en caso de muerte (cap. II) y el de la naturaleza nominalista de la deuda indemnizatoria (cap. III). Terminaremos con la imposibilidad, en el Riesgo, de pedir la cesación de la actividad dañosa (cap. IV).

CAPITULO I.- OBLIGACION DE INDEMNIZAR

=====

El efecto principal del Riesgo es radicalmente diferente al de la responsabilidad, según vamos a ver en este Capítulo. Pero, el primer problema que se presenta, como siempre que se quiere distinguir, es el de encontrar un término adecuado para definir lo escindido (ap.1). Elegido el término ("indemnización") trataremos de reconstruirlo a través de sus manifestaciones en el Derecho (ap.2). Luego veremos si el Riesgo tiene algo de común con estos supuestos, es decir, si el concepto de indemnización obtenido le es aplicable por analogía (ap.3). Para mayor seguridad estudiaremos también si hay razones para una aplicación directa de esta concepción (ap.4). Después de un pequeño resumen (ap.5), expondremos las ventajas que esta forma de entender los efectos del Riesgo tiene en cuanto a las relaciones entre éste y la responsabilidad (cap. 6).

1.- EL PROBLEMA TERMINOLOGICO

Pretendemos distinguir la obligación procedente de una imputación de riesgos de la obligación de reparar que nace de la responsabilidad, lo que hace necesario otorgarle una denominación diferenciada.

A mi modo de ver sólo hay dos candidaturas: a) obligación de indemnizar o indemnización b) obligación de compensar (reequilibrar) o compensación.

El término "indemnización" tiene dos inconvenientes:

a) Nuestro Derecho Positivo, empezando por el Código civil, emplea indiferentemente los conceptos de reparación e indemnización y, lo que es peor, la Jurisprudencia ha creído poderlos distinguir, pero desde un punto de vista y con una función bien diversa de la que nosotros pretendemos darles. La reparación según esta apreciación es, en primer lugar, reparación in natura y sólo en caso de imposibilidad, pago por equivalente en dinero, mientras que la indemnización es exclusivamente esto último (s.T.S. de 3 de marzo de 1978 (rf. 759)).

b) Nuestra doctrina no ha acogido el concepto de indemnización en el sentido que aspiramos a darle. Por ello su utilización puede resultar equívoca.

Pueden servir para contrarrestarlo las dos siguientes razones:

a) El término indemnización se utiliza, diferenciadamente, por un importante sector de la doctrina italiana (1).

b) En algunas instituciones (seguro, expropiación forzosa...) se emplea en el sentido preciso que nosotros queremos darle, es decir, con propiedad.

Respecto del término "compensación" puede decirse que, pese a su expresividad, no goza de ninguna acogida ni en la doctrina ni en el Derecho Positivo. Pese a que semánticamente sea más correcto, su novedad nos empuja a descartarlo. Por otro lado, no siendo éste un trabajo que pretenda dejar el campo cerrado, sino un ensayo que tiende más a buscar la provocación y la contestación que a la definición, vamos a utilizar el término "indemnización", a pesar de que (o, quizás, porque) este empleo pueda resultar chocante y polémico. Es, pues, nuevamente, deligerancia.

2.- OBTENCION DE LAS CARACTERISTICAS DE LA INDEMNIZACION MEDIANTE EL EXAMEN DE LOS DIVERSOS SUPUESTOS QUE DE LA MISMA SE DAN EN EL DERECHO

Lo característico de la obligación indemnizatoria es -

(1).- BONVIVICINI: ob.cit., pág. 462 ss; SCOGNAMIGLIO: "Indennità", voz del N.D.I., t.8, pág. 594 ss; MESSINEO: Manual de Derecho Civil y Comercial, t.2, Buenos Aires 1971, págs. 317-318 y t.6, págs. 502-503; BRIGUGLIO: ob.cit., págs. 186 ss.

el no ser, como ocurre con la obligación de reparar, sanción - por un ilícito.

En nuestro Derecho, los casos más relevantes de obligación indemnizatoria son:

A) El seguro de daños

B) La expropiación forzosa.

C) Los supuestos que podemos denominar de venta forzosa, transmisión obligada, desposesión necesaria o, incluso, expropiación forzosa de Derecho privado: servidumbres legales — (C.c., arts. 553 3º, 554, 555, 556, 557, 558, 562, 564, 569, - 577 1º, 588), unión de bienes o accesión (arts. 360, 361, 362, 363, 375, 380, 383, 1º y 2º), accesión invertida, liquidación de la gestión posesoria: abono de gastos y mejoras. En todos - estos casos hay merma material (no antijurídica) de un derecho en provecho de otro, con indemnización por medio. Son supues- - tos específicos de lo que hemos denominado daño lícito o dere- - cho a dañar. En unos casos hay transmisión de un bien de quien lo pierde a quien lo gana (p.ej., accesión invertida), en ---- otros hay pérdida o deterioro de un bien, obteniendo con ello otro sujeto un provecho de distinta naturaleza (p.ej. servidum- - bres legales). En todos los casos hay licitud; en unos porque se trata de un acto autorizado (servidumbres legales) y en --- otros porque es involuntario o de buena fe (unión y accesión).

D) El enriquecimiento injusto, que es, en realidad, el principio que inspira los supuestos del apartado C).

¿Cuáles son los caracteres de la indemnización que -- pueden obtenerse del examen de estos supuestos?

A) PRIVACION NO VOLUNTARIA

La privación del bien que da lugar a la indemnización debe ser forzosa, no voluntaria. Quien vende una cosa no se puede decir que reciba en su lugar una indemnización. En ese caso lo que hay es precio; en los de indemnización, compensación.

B) RECIPROCIDAD

Pero no por ello debe pasarse por alto la similitud - existente entre ambos fenómenos. Precio y compensación obedecen a la misma idea de reciprocidad. En la expropiación forzosa ello se manifiesta en el concepto de justiprecio. En el enrriquecimiento sin causa, en la correlación enriquecimiento-enpobrecimiento. El mismo es el fundamento de los casos de daño lícito o transmisión forzosa. En el seguro la reciprocidad está en la relación precio del riesgo (prima) - precio del daño (indemnización). Tal reciprocidad se manifiesta, por ejemplo, en la posibilidad de adecuar el precio del riesgo (prima) a - las oscilaciones de valor del bien e interés asegurado (riesgo del daño) (art. 29 de la Ley del Contrato de Seguro). Para BRIGUGLIO es nota constante del concepto de indemnización --- "una función reequilibradora entre dos patrimonios, la cual - se dirige a la eliminación de un enriquecimiento (en sentido

genérico) que se presenta como indebido" (1).

C) AESTIMATIO REI. VALORACION OBJETIVA.

Ahora bien, en la venta voluntaria hay una reciprocidad subjetiva, establecida por las partes, mientras que en los supuestos indemnizatorios, la reciprocidad es objetiva. En el precio actúa la voluntad de las partes; en la compensación (indemnización) la voluntad del Derecho. En los supuestos indemnizatorios, debido a la mencionada idea de la reciprocidad, el Derecho se encuentra con dos valores enfrentados del bien transferido o desaparecido:

a) el del expropiado, el del asegurado, el del empobrecido, que lo pondrá en relación con el resto de su patrimonio (lucro cesante, etc...), por lo que normalmente será una valoración máxima.

b) el del expropiante, el asegurador, el enriquecido, que consistirá en la utilidad que obtengan del evento. La valoración será mínima, aunque haya supuestos en que pueda ser superior a la anterior.

El Derecho, como es lógico, no toma ninguna de las dos valoraciones, sino una propia, de carácter objetivo (2).

(1).- BRIGUGLIO: ob.cit., pág. 190.

(2).- SCOGNAMIGLIO: ob.cit., pág. 596.

Así en la expropiación forzosa es irrelevante la utilidad que pueda obtener el expropiante (art. 36 1º de la L.E.F.), pero también lo es el daño indirecto que pueda causar al expropiado. El justoprecio, como señala GARCIA DE ENTERRIA, "es simplemente el valor venal, valor en el mercado, hic et nunc, -- del sacrificio en que la expropiación consiste" (1). Lo mismo ocurre en los supuestos que hemos llamado de expropiación de Derecho Privado. Tomemos el artículo 360 del C.c.: "El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiese obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios". Aquí -- aparecen claramente diferenciados los dos supuestos que tratamos de distinguir: la reparación y la indemnización. Esta consiste en el pago del valor de los materiales; aquélla, además, en el resarcimiento de daños y perjuicios.

Incluso en el enriquecimiento sin causa, pese a la interferencia de diversas cuestiones, puede decirse que la ten-

(1).- GARCIA DE ENTERRIA: "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa" en A.D. - C., 1955, pág. 1089. Como señalan el mismo GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS-RAMON FERNANDEZ (Curso de Derecho Administrativo), t.2 págs. 274-275), la Jurisprudencia ha corregido en este punto a la ley, declarando "que todos los daños y perjuicios patrimoniales del expropiado objetivamente imputables a la operación expropiatoria son indemnizables como una partida especial del presupuesto". Probablemente esté detrás de esto y lo justifique, la necesidad de garantía del ciudadano frente a la Administración.

dencia es hoy la de "desentenderse tanto del enriquecimiento - efectivo recibido por el accipiens como del empobrecimiento sufrido por el tradens" (1) y ocuparse más bien del valor de la cosa transferida en el momento del traspaso posesorio (2).

D) LESION DE UN ELEMENTO DEL PATRIMONIO

La indemnización no abarca todo el daño causado, sino sólo el que afecta a aquella parte del patrimonio que ha sido objeto de privación (expropiación forzosa, transmisión obligada y enriquecimiento injusto) u objeto del contrato (seguro). La indemnización se centra en el tronco del árbol arrancado, - pero no en sus raíces ni en el daño que el levantamiento produzca en el suelo. Objeto de la indemnización es el valor del concreto bien o derecho que se expropia, se transmite forzosamente, se daña lícitamente o se asegura, y no interesan los hijos que unen los mismos con el total patrimonio.

Esto lleva a decir a MESSINEO que la indemnización restaura el patrimonio ajeno del daño emergente, y no del lucro cesante (3). Tal apreciación nos parece, sin embargo, equivocada.

(1).- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: El enriquecimiento sin causa, Santiago de Compostela 1979, pág. 160.

(2).- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: ob.cit., págs. 145 ss.

(3).- MESSINEO: ob.cit., t.2, pág. 317.

Es más correcto, en nuestra opinión, diferenciar lesión (o deterioro) y daño; la una es indemnizable y el otro, no. Refiriéndose a la hipoteca, dice DORAL que deterioro (nosotros preferimos hablar de lesión) "implica un menoscabo, ya sea material o jurídico, de la cosa hipotecada, que entraña - disminución de su valor, mientras que daño es el efecto del - deterioro en la esfera patrimonial del acreedor" (1). La distinción nos vale para nuestro trabajo. No se indemnizan los - daños, sino las lesiones; éstas afectan a elementos concretos (bienes, derechos, expectativas incluso) de un patrimonio, pero no a éste en su conjunto.

La lesión puede consistir:

A) En la pérdida o deterioro del concreto bien o elemento patrimonial (daño emergente). No entran aquí, aunque - también sean daño emergente, los daños que esta lesión causa, de rebote, en el patrimonio. Nos podemos servir de los ejemplos propuestos por DIEZ-PICAZO y GULLON: "gastos que ha soportado el comprador para adquirir el dinero con el que pagar la mercancía que no se le entrega, o para realizar las obras necesarias que le permitan utilizarla (p.ej.: una nave especial para la maquinaria que ha comprado)" (2).

(1).- DORAL: "La conservación de la cosa hipotecada", R.D.Pr. 1962, pág. 513.

(2).- DIEZ-PICAZO y GULLON: ob.cit., t.2, pág. 258.

Busquemos un ejemplo típico de indemnización: la acción invertida de buena fe. El propietario del edificio invasor debe pagar "el valor del terreno ocupado"; ésta es la lesión. Es daño emergente, pero no indemnizable, el que la acción causa al propietario del suelo consistente en tener que replantar la obra que tenía previsto realizar en su propiedad y sufrir la elevación del coste de dicha obra (1).

B) ¿Y los frutos? ¿La pérdida de los frutos es indemnizable? En principio se trata de un lucro cesante, por lo que, de seguir la teoría que criticamos, no habría lugar a indemnización. El que en algunos supuestos típicamente indemnizatorios se admita expresamente la necesidad de abonar los frutos que se hubieran percibido nos hace sospechar que no es tan sencillo descartar todo lucro cesante en cuanto a su indemnización. Así tenemos, por ejemplo, los arts. 115 y 118 1º de la Ley de Expropiación Forzosa referentes a la ocupación temporal. En el enriquecimiento sin causa parece claro que vale como empobrecimiento aquello que se deja de obtener.

Hay que distinguir. Por un lado están las ganancias (frutos) que llegan al bien sin pasar por el patrimonio. Por otro, los que se ligan al bien a través de un patrimonio concreto. Los primeros se dan respecto de un bien con independen-

(1).- En este sentido la atractiva sentencia de 15 de junio de 1981 (rf. 2524).

cia del patrimonio en que el mismo se encuentre. Tales son -- los frutos naturales y los industriales; también los civiles, pero evaluados objetivamente, en abstracto (es decir, no la -- pérdida de un concreto canon arrendaticio, sino la evaluación, al precio del mercado, del valor arrendaticio del bien afecta-- do). La razón de que esto sea así es que la fructuosidad es -- condición intrínseca de ciertos bienes, y, al lesionarse estos, se lesiona también aquella su cualidad.

El otro tipo de ganancias, no indemnizable, se da en -- un patrimonio concreto. P.ej.: que alguien mantenga en su pro-- piedad durante cierto tiempo el bien del que precisamente se -- le priva es modo de un legado que, por tanto, deja de perci--- bir. O bien, el bien del que se le priva es objeto de un con--- trato ganancioso que, por ello, se resuelve. Ninguno de estos daños es indemnizable, ni en el seguro, ni en la expropiación forzosa, ni en los supuestos de daño lícito, ni en los de ---- transmisión obligada...

Claro que está la otra cara de la moneda. Se indemni-- zará siempre el valor objetivo del bien lesionado, aunque el -- interés que sobre el mismo se refleje en un patrimonio concre-- to sea, por la causa que fuera, menor.

3.- RAZONES DE ANALOGIA

¿Existe alguna analogía entre estos supuestos de indemnización y la imputación de riesgos que permita aplicar a ésta la típica consecuencia de aquellos (obligación de indemnizar)?

A) CON LA EXPROPIACION FORZOSA

Grande ha de ser la identidad de razón cuando la expropiación forzosa ha producido en su seno, cual costilla de Adán, una forma indubitada de "responsabilidad objetiva": la de la Administración (1). Por ello, la indemnización por actuación de la Administración tiene las mismas características, en principio, que el justiprecio expropiatorio (2): es indemnización. El aforismo "que la Administración haga (poder-dañar) pero que

(1).- Dice la exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: "...la Ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general (...) Llevando este principio a sus lógicas consecuencias, se ha intentado, finalmente, llamar la atención sobre la oportunidad que esta ley ofrece y que no debiera malograrse, de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo, cual es el de la ausencia de una pauta legal idónea, que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración."

(2).- Ver GARCIA DE ENTERRIA: "Potestad expropiatoria..." cit. págs. 1163-1164.

indemnice" coincide plenamente con el concepto de imputación de riesgos. Se da la analogía.

B) CON EL SEGURO

1º.- Una primera razón de analogía reside en el hecho de que la primera responsabilidad objetiva civil (accidentes de trabajo) ha originado la Seguridad Social, que no es sino una forma amplia de seguro de daños. Existe, pues, una cercanía histórica entre ambas instituciones.

2º.- Por otro lado, es frecuente que, cuando se crea por ley una obligación de indemnizar (responsabilidad objetiva), se constituya, a la vez, un patrimonio responsable en forma de seguro obligatorio. Si mirando hacia el pasado hay una relación entre responsabilidad objetiva y seguro (Seguridad Social), también la hay en dirección al porvenir. La "responsabilidad objetiva" ha de jugar en este caso un importante papel intermediario, pues permite la evolución que va del "declinar de la culpabilidad en su función de designar el deudor de la reparación" a "su sustitución por una noción adaptada a los mecanismos de reparación colectiva" (1).

C) CON EL DAÑO LICITO

La comunidad de razón existente entre Riesgo y supues-

(1).- VINEY: Le declin... cit., págs. 213 ss.

tos de transmisión forzosa o daño lícito es tal, que algunos autores han llegado a incluir éstos dentro de la primera (1). No es fácil, desde luego, distinguir entre el dañar y el poder-dañar; la analogía es evidente.

D) CON EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Basta con recordar el argumento con que se han solido justificar los supuestos de "responsabilidad objetiva": que el responsable se enriquece no evitando ciertos riesgos, y los eventuales perjudicados se empobrecen por padecerlos.

Por todo lo anterior pensamos que está fundada la posibilidad de aplicar por analogía a los supuestos de imputación de riesgos el concepto de obligación indemnizatoria que hemos reconstruido. Para mayor seguridad examinaremos a continuación la adecuación de los cuatro caracteres de la indemnización a la figura jurídica en estudio.

4.- ¿SE DAN EN LOS FENOMENOS DE RIESGO LOS CUATRO CARACTERES DE LA INDEMNIZACIÓN?

A) PRIVACION NO VOLUNTARIA

Que esta característica se da en los supuestos de Ries

(1).- TRIMARCHI: ob.cit., págs. 347 ss; STARCK: ob.cit., págs 136 ss.; DE CUPIS: ob.cit., págs. 93-94.

go no necesita mayor argumentación; es evidente.

B) RECIPROCIDAD

También se da el requisito de la reciprocidad, pues és ta media entre la utilidad proporcionada por el derecho a poder-dañar, es decir, a poner en peligro los bienes ajenos y la obligación de indemnizar. Cuius commoda, eius incommoda; ¿cabe mayor reciprocidad?

C) VALORACION OBJETIVA

La valoración objetiva del bien lesionado significa:

1º.- Que no dependerá la indemnización de la utilidad concreta que el obligado a la misma haya obtenido de su derecho a poder-dañar, sea menor o mayor que el valor objetivo -- del bien afectado. Que esto es aplicable a los supuestos de Riesgo también parece evidente. No conozco ningún supuesto de "responsabilidad objetiva" en que se haga depender la indemnización de la utilidad obtenida por el deudor de la misma. Como antes hemos dicho, el cuius commoda eius et incommoda funciona a nivel de la ratio de la norma y no al de sus consecuencias o aplicaciones concretas; está en la titularidad y no en la obligación.

2º.- Que la indemnización tampoco estará en relación al valor que para el sujeto dañado tenga el bien perjudicado, sino al valor venal u objetivo de éste. ¿Se da este requisito en los casos de Riesgo?

a) En muchos de los supuestos de Riesgo la indemnización aparece prefijada en forma de baremo: Ley sobre Uso y -- Circulación de Vehículos de Motor (Texto Refundido) de 21 de marzo de 1968, art. 2 en relación con el 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de 19 de noviembre de 1964; Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, arts. 117 y ss.; Ley reguladora de la Energía Nuclear de 29 de abril de 1964, art. 51; Ley de Caza de 4 de abril de 1970, art. 52 -- 1º, Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros de 6 de marzo de 1969, arts. 16 y ss.

b) La objetividad de la valoración permite una más fácil y económica asegurabilidad de estos daños por parte del -- obligado a pagarlos, lo que a su vez se adecúa a esa función -- de dilución de los riesgos que, a través del seguro, parece -- cumplir la "responsabilidad objetiva".

c) La necesidad de que la valoración sea objetiva se deriva, en definitiva, de la idea de lesión; a continuación -- pasamos a examinarla.

D) LESION

El concepto de lesión se adapta perfectamente a la fi gura de la imputación de riesgos. El elemento patrimonial -- afectado en este caso es aquel concreto bien o derecho que es tá en contacto con la facultad de poder-dañar, con el riesgo puesto por otro sujeto.

Lo mismo que cuando se transmite forzosamente un bien, sólo se debe, en concepto de indemnización, su valor, pues es en ese bien en el que se beneficia o puede beneficiar su adquirente, en el Riesgo sólo se debe el valor del bien "arriesgado", pues, en realidad, es sobre él y sólo sobre él que se realiza la medición de la utilidad como manifestación de la reciprocidad que fundamenta la atribución de los riesgos a un sujeto distinto del dañado. Esto puede explicarse desde ambos lados de la reciprocidad:

a) El obligado a indemnizar sólo se beneficia o puede beneficiar con el riesgo en que pone a esos ciertos bienes o derechos, sea cual sea el patrimonio en que figuren, y no obtiene ninguna ventaja por el hecho de hacer peligrar un legado o un contrato que el titular de aquel patrimonio tenga vinculado a ese bien.

b) El riesgo del patrimonio pertenece a su titular; - tal podría ser uno de los principios generales del Riesgo.

Las vinculaciones que haya establecidas entre la cosa lesionada y el patrimonio pueden dar lugar a que la lesión -- sea mayor que el daño o que sea menor. En virtud del principio de la valoración objetiva el propietario del elemento patrimonial perjudicado recibirá, siempre, su valor íntegro. -- Luego del riesgo del patrimonio se puede derivar, para su titular, tanto un beneficio como un perjuicio. A él le es aplicable ahora el principio de cuius commoda eius incommoda.

Pero, incluso aislando el supuesto del mayor daño, es tá justificada su no indemnizabilidad. El titular del patrimonio (contrato sobre el bien) u otra persona (legado) añade un riesgo, al conectar un cierto beneficio con un determinado — elemento o bien patrimonial, del que el primero de ellos obtiene (o puede obtener) una utilidad. Si este riesgo lo desplazamos, atribuyéndoselo al sujeto obligado a indemnizar (como tal riesgo habrá que entenderlo imputado e incluido en la titularidad de esta persona antes de que se convierta en daño, es decir, en el momento potencial de éste), este desafortunado sujeto tendrá el incommodum del patrimonio del otro, — que, por el contrario, sólo tendrá el commodum. Hemos de concluir, pues, que es más justo que cada cual corra el riesgo — que, con la propia y particular forma y organización de su patrimonio, crea y aprovecha.

5.- CONCLUSION

Allá donde creamos que no se está ante un fenómeno de responsabilidad, sino de imputación de riesgos (llamada responsabilidad objetiva), habrá lugar a indemnización sólo por el valor objetivo del bien directamente afectado (y que esté, en su estadio potencial, en contacto con ese riesgo), con in dependencia de las consecuencias, positivas o negativas, que acarree en el patrimonio a que pertenezca. Se indemnizará la lesión, no el daño.

6.- VENTAJAS DE ESTA CONCEPTUACION EN CUANTO A LAS RELACIONES ENTRE RIESGO Y RESPONSABILIDAD

Ni en su valor moral (1), ni en su aceptación popular, ni en su función "pedagógico-educativa" (2), ni en su papel -- preventivo (3), puede sustituir la imputación de riesgos a la responsabilidad. Si por ello, pese a la actual tendencia hacia lo objetivo, se quiere dejar viva, de alguna manera, la responsabilidad, nuestros conceptos de reparación e indemnización -- son especialmente útiles. Como la indemnización (Riesgo) no cubre, normalmente, todo el daño, sobre la misma puede superpo--nerse la responsabilidad, cuando haya culpa, empeorando de esta forma la posición del culpable y mejorando la del perjudicado.

El Riesgo, pues, no sustituye a la responsabilidad. -- Son dos acciones diferentes y acumulables (de la reparación se descontaría la indemnización, claro).

En la respuesta jurídica ante el daño hay, entonces, tres niveles:

(1).- RIPERT: ob.cit., págs. 204 ss.

(2).- Para DE CUPIS (ob.cit., pág. 189) la importancia pedagógico-educativa de la limitación de la responsabilidad a la culpa reside en que "se estimula el espíritu humano de vigilancia, ya que el prescindir de la limitación equivaldría a ocasionar un grave embarazo a la libertad de movimientos y una amortiguación al espíritu de empresa".

(3).- VINEY: Le declin... cit., pág. 206; ALPA Y BESSONE: ob. cit., pág. 383; TUNC: ob.cit., pág. 134.

a) el de los bienes (cuius commoda eius incommoda); -
indemnización (lesión)

b) el de los actos ilícitos civiles; reparación (daño)

c) el de los actos ilícitos penales; reparación más --
pena.

CAPITULO II.- LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA COMO DEUDA DE DINE-
=====

RO

==

Por ser precio o compensación, y no reparación, la --- obligación de indemnizar es, por norma, deuda de dinero. Lo ex ceptional es la restitución in natura, que, en consecuencia, - sólo es admisible cuando la ley lo permite (p.ej., en materia de daño lícito, el art. 380 del C.c.).

La cantidad de dinero que se debe se fija en el momen- to de la lesión, que es cuando nace la obligación de indemni- zar. Luego, ¿por aplicación del principio nominalista, queda - a cargo del perjudicado el riesgo de la devaluación?

La respuesta debe ser afirmativa, porque no ocurre, co mo con la obligación de reparar, que deba dejarse indemne el - patrimonio del dañado. La obligación de indemnizar consiste só

lo en "comprar" el bien "arriesgado". Nada importa que, más allá del precio o compensación, se produzca un mayor daño. (A salvo queda la posible prestación de intereses como fruto del dinero (1)).

Sin embargo, podemos no quedarnos aquí. Hemos dicho — que caben dentro del concepto de lesión los frutos de la cosa. Pues bien, ¿es la plusvalía un fruto de determinados bienes? — (2). La contestación debe ser, en principio, negativa, pues le faltan al menos dos de las características propias de los frutos: la periodicidad y la conservación de la sustancia (3). Pero, en términos económicos, fruto y plusvalía se asemejan considerablemente (la plusvalía es, en muchos casos, el "fruto" — de la especulación). Además, lo que precisamente más les diferencia es una mayor adhesión de la plusvalía a la cosa, lo que podría justificar más aún su carácter intrínseco al bien lesionado.

(1).— Ver: DORAL Y MARINA: "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", en A.D.C., 1980, págs. 523 ss.

(2).— Nos referimos a la plusvalía procedente de las fluctuaciones del precio de la cosa en el mercado.

(3).— Sobre las características del concepto jurídico de fruto, ver: GARCIA CANTERO: "Concepto de frutos en el Código Civil — español" en R.D.N., 1955, págs. 209 ss. Expresamente señala este autor que "todo aumento de valor de la cosa —sea intrínseco o meramente ficticio— derivado de causas extrañas a la actuación del titular del disfrute —en otro caso sería mejora— es — un riesgo aleatorio, estrictamente personal y extraño al concepto de fruto" (pág. 223); Negativamente también, en cuanto a la consideración de la plusvalía como fruto, DIEZ-PICAZO: Fundamentos... cit., t.2, pág. 706.

Aunque por definición la privación de la plusvalía pudiera entrar en el concepto de lesión, hay una razón lógica - que lo impide. La cuantificación de la indemnización se hace, en el momento de la lesión, sobre el valor en venta del bien. La fructuosidad de éste y su cualidad de "revalorizable" u objetivamente propio para la plusvalía (p.ej. sellos de colección) se incluyen dentro del valor en venta. Hay casos en que la cualidad fructificadora se lesiona con independencia del mismo bien productivo (p.ej., la contaminación estropea una cosecha de una finca que, no por ello dejará de producir en los años siguientes). A estos supuestos nos referíamos al afirmar que los frutos no recibidos (lucro cesante) son indemnizables. Y aquí está la dificultad lógica para incluir la plusvalía: -- que ésta no es separable del bien; por definición irá unida a su valor en venta. Y el único valor en venta apreciable a efectos indemnizatorios es el del momento de la lesión.

CAPITULO III.- ¿QUIEN ES ACREEDOR DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR EN CASO DE MUERTE DE LA VICTIMA?

Tratando de la responsabilidad dijimos que los herederos nada recibían como tales por la muerte misma de su causante, pues faltaba un interés (que, como tal tiene su sede en la persona) que hubiera sido afectado por el daño mortal. Explicá-
bamos esto con el recurso gráfico del "hueco" en el patrimonio: si la reparación tiende a cubrir el "hueco" que en un patrimonio ha dejado el daño, en caso de muerte no existe "hueco", si no que falta la misma titularidad patrimonial.

La indemnización por muerte, contrariamente, pertenece, ex iure hereditatis, a los herederos y sólo a ellos. La indemnización no es sanción, sino simplemente efecto del hecho de la muerte, como también lo es en el seguro de vida. En este seguro la causa de la obligación está en el contrato preexisten-

te; en el Riesgo la causa se halla en la puesta en peligro del bien (la vida) en provecho de aquél a quien por ello se le atribuye ese riesgo. La indemnización no viene, pues, a cubrir un "hueco" del patrimonio afectado (daño), sino que es un simple efecto de un hecho (la lesión) que, por tanto, ingresa en el patrimonio que era del muerto y ya es de sus herederos.

Antes hemos refutado también el argumento de que podía el causante disponer para el futuro de un eventual derecho a la reparación porque la sanción no era independizable del interés radicado en el bien cuya lesión provoca la sanción. En la imputación de riesgos, en cambio, el argumento es válido, porque la indemnización es semejante al "precio" del derecho deteriorado y, como tal, es transmisible. Entonces, ¿es que se compra la vida? ¿Es la indemnización el precio del derecho a la vida? Ello no sería lícito. Es lícito, sin embargo, poner en peligro la propia vida mediante precio (p.ej., suplemento de peligrosidad que se paga en no pocas profesiones). El obligado a indemnizar pone en peligro la vida de otros en su propio provecho y, en consecuencia, se compromete (la ley le compromete) a hacerse cargo del riesgo si se realiza en daño (indemnización). Se paga, pues, por la puesta en peligro de la vida; esta es la causa, que es de reciprocidad y lícita. Ahora bien, una es la causa y otro el contenido u objeto de la obligación. Este no lo es el indemnizar a todos los sujetos "arriesgados", sino el pagar a todos los "lesionados" por el valor objetivo de la lesión. El "riesgo de la vida" está en la causa de la obligación de indemnizar; el "valor de la vida" en la medida de su contenido (extensión cuantitativa de la indemnización).

En nuestra opinión, es respecto de estos casos de Riesgo que se puede mantener la afirmación de DE CASTRO de que el responsable (titular del riesgo, matizaríamos nosotros) funciona como un seguro respecto de los dañados (ya hemos visto la afinidad existente entre seguro y obligación legal de indemnizar).

Los indirectamente perjudicados por la muerte no tienen acceso a la indemnización, pues el suyo no es el derecho directa y frontalmente lesionado, ni está en contacto estrecho e inmediato con el riesgo, ni fundamenta el cuius commoda eius incommoda, porque de él ningún provecho específico obtiene el titular del riesgo.

Ello nos brinda un último argumento para fundamentar la transmisibilidad hereditaria del derecho a la indemnización por muerte. Si estas personas (perjudicados no herederos) no tienen derecho a la indemnización, negar la transmisibilidad de tal derecho a los causahabientes supondría que la llamada "responsabilidad objetiva" no cubriese el derecho a la vida, que quedaría exento de protección, primándose con ello a las empresas o actividades letalmente peligrosas frente a las de menor entidad de riesgo. Los supuestos existentes de responsabilidad objetiva (automóvil, caza, aeronaves...) prueban que es el da la vida el primer derecho que la ley tiene en vista.

Varias de las normas creadoras de una obligación de indemnizar, en el aspecto de la legitimación activa, se refieren a la "víctima o sus herederos" o "la víctima o sus dere--

chohábientes": Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, art. 4 1º; Reglamento del Seguro Obligatorio de Resp. Civil del automóvil de 1964, art. 30; Reglamento de la Ley de Caza, art. 52 6º; Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del cazador de 1971, art. 13. (1).

El argumento, desde luego, no es definitivo, pues la llamada a los derechos muy bien puede hacerse en el derecho a la indemnización de las lesiones no mortales sufridas por el causante cuyo fallecimiento es independiente de ellas. No deja de ser, sin embargo, un dato a tener en consideración y a sumar a las razones más de fondo antes desarrolladas.

La Ley del Seguro Obligatorio de Viajeros, en sentido diverso, dispone, en sus arts. 31 y ss., quiénes son los beneficiarios de la indemnización en caso de muerte de la víctima. Puede pensarse que se trata de una sucesión legal especial, como la arrendaticia, pero su razón de ser está, en nuestra opinión, en otro lado. La indemnización en estos casos viene a suplir la insuficiencia, por su limitación subjetiva, de la Seguridad Social y por ello toma, en parte, la naturaleza y aspectos de las prestaciones propias de aquélla. La Ley de Energía

(1).- Sobre la Navegación Aérea y en el mismo sentido, ver los convenios internacionales cits. en DE CASTRO: "La indemnización..." cit., pág. 471, n. 79.

Nuclear nos proporciona una pista en este sentido, cuando en su artículo 51 1º dispone que el baremo aplicable a las indemnizaciones sea el de la Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo. Si algún día se ve cumplido el art. 41 de nuestra Constitución ("Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para TODOS los ciudadanos..."), veremos la luz sobre este asunto, pues, insisto, creo que se trata de una interferencia que deberá desaparecer.

CAPITULO IV.- CESACION DE LA ACTIVIDAD DAÑOSA
=====

En la responsabilidad, hemos visto, en los casos en -- que el daño sea continuado, el perjudicado puede pedir al juez, no sólo la reparación de los ya causados, sino la adopción de las medidas necesarias para que dejen de producirse. Esto ocurre en la responsabilidad porque, habiendo un acto debido (y -- norma de conducta), no tienen por qué limitarse las medidas -- sancionadoras y coercitivas del Derecho a la exigencia de la -- reparación de lo causado.

Por ello la acción de cesación de la actividad dañosa no tiene sentido en el Riesgo. No habiendo acto debido, sino -- únicamente obligación legal y directa de indemnizar, no se ve cómo quien resulta atropellado fortuitamente puede pedir al -- juez la retirada del carnet del conductor, por poner un ejem-- plo. El riesgo creado por el titular del mismo es lícito; tie-- ne agere licere, permiso para poder-dañar, compensado en Dere-- cho por la correlativa obligación de indemnizar.

CONCLUSIONES

DE LA SEGUNDA

PARTE

1º.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA. En los supuestos vulgarmente denominados de "responsabilidad objetiva o sin culpa" no se da el dato de la ilicitud en la conducta del agente del daño. Por eso estos supuestos ni cuadran ni "cabén" dentro de la responsabilidad.

2º.- RIESGO: Al margen de un grupo reducido de supuestos de "responsabilidad objetiva" que se basan expresamente en la equidad, el resto tiene su fundamento en el principio de utilidad (cuius commoda eius incommoda). Este segundo grupo de supuestos constituye una institución, diferenciada de la responsabilidad, que denominamos Riesgo por consistir en una titularidad legalmente atribuida sobre ciertos riesgos.

3º.- FUENTES DEL RIESGO. Esta titularidad puede crearse por ley (que se puede interpretar extensivamente y aplicar analógicamente), pero no directamente por el principio de utilidad como principio general del Derecho.

4º.- CULMINACION DE LA DISTINCION. El Riesgo no es una razón o argumento de responsabilidad (de mayor alcance que la culpa), sino que es esencialmente diferente de dicha responsabilidad como institución, es decir, no sólo en su fundamento, sino también en muchos de sus elementos y aspectos, que requieren, hecha la distinción, una definición autónoma,

como el caso fortuito o la fuerza mayor (que nada tienen que ver con la imprevisibilidad/evitabilidad),

la obligación indemnizatoria, que es el efecto principal del Riesgo (se indemniza la lesión, objetivamente estimada, de un concreto elemento patrimonial, y no el daño),

la concurrencia de culpa de la víctima (se acentúa — la necesidad de reducir su relevancia a los supuestos de culpa grave),

el carácter de deuda de dinero (sometida al principio nominalista) de la obligación indemnizatoria,

y su transmisión a los herederos en caso de muerte.

RESPONSABILIDAD

RIESGO

FUNDAMENTO	Sanción por un ilícito	Principio de utilidad ley
PRESUPUESTOS	Culpa (infracción de norma de conducta)	Obligación legal de indemnizar sin norma de conducta previa
	Daño (patrimonio)	Lesión (elemento patrimonial)
	Causalidad	Titularidad
	No culpa	Riesgo no imputado
LIMITES	CASO FORTUITO	
	CULPA DE LA VICTIMA	
EFECTOS		C o i n c i d e n t e
	REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO	ESTIMACIÓN OBJETIVA DE LA LESIÓN
	DEUDA DE VALOR	DEUDA DE DINERO (PRINCIPIO NOMINALISTA)
	INTRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA	TRANSMISIÓN HEREDITARIA
MEDIDAS PREVENTIVAS	SÍ	NO

CUADRO DE DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD Y RIESGO

tercera parte:

**diferenciación
de supuestos**

TITULO PRIMERO:

LAS PRESUNCIONES DE CULPA

=====

Explicación

Tenemos ya definidos dos fenómenos jurídicos diferenciados: responsabilidad y Riesgo. En el primero de ellos se da una norma de conducta cuya infracción (ilicitud) da lugar a una sanción. En el segundo hay licitud, riesgo lícito, una facultad de poder actuar pese al peligro que eso supone para los demás ciudadanos (facultad de poder-dañar que fundamenta el cuius commoda eius incommoda). El efecto de la responsabilidad es la obligación de reparar. El del Riesgo, diverso, lo hemos llamado indemnización u obligación de indemnizar.

Las presunciones de culpa (p.ej. arts. 1903 y 1905 del C.c.) pueden leerse tanto en forma de responsabilidad como de Riesgo. Como responsabilidad se trataría de una inversión de la carga de la prueba de la culpa. El presunto culpable habrá de probar que ha obrado diligentemente (o que se ha producido el daño por caso fortuito o culpa del perjudicado). Como riesgo, en cambio, lo que aparece como hecho indiciario en realidad es definición de una titularidad sobre los riesgos (p.ej.: ser poseedor de un animal). Lo que puede probar no es más que la fuerza mayor, es decir, que el hecho cae fuera del área de

riesgos imputados.

La opción que se tome importa fundamentalmente:

a) en cuanto dará lugar a diferentes efectos (reparación - indemnización)

b) en cuanto, de ser responsabilidad, se admitirá como contraprueba la de la diligencia, mientras que, de ser Riesgo, sólo cabrá la de la fuerza mayor (o caso fortuito), entendida, tal como la hemos definido anteriormente, como aquel riesgo no imputado (no basta con que sea imprevisible e irresistible).

Un importante sector de la doctrina opina que la presunción de culpa constituye una ficción, cuya finalidad es no sobrepasar el principio de "ninguna responsabilidad sin culpa", y esconde, en verdad, un supuesto de "responsabilidad objetiva". Se trataría de una concesión formal al dogma clásico del subjetivismo o de la culpa como única especie de responsabilidad. Si se levanta este velo, aparece un caso de auténtica responsabilidad objetiva (1).

(1).- En este sentido: RODOTA: ob.cit., págs. 153 ss; LEGUINA: ob.cit., pág. 143; TRIMARCHI: ob.cit., págs. 21-22; ALPA Y BESSONE: ob.cit., pág. 128; STARCK: Droit Civil. Obligations... cit., pág. 22; MARTON: Les fondements de la responsabilité civile, París 1937, pág. 2; SCOGNAMIGLIO: "Responsabilità civile" en N.D.I., t.15, pág. 635; BARASSI: La teoria generale delle obbligazioni, t.2, Milán 1948 (2ª ed.), pág. 575

Pretendemos poner en tela de juicio que tales afirmaciones puedan realizarse en términos absolutos, sin atender al espíritu y finalidad de cada uno de los supuestos de presunción. Hay que discriminar.

Y empezaremos la discriminación con las presunciones iuris et de iure (cap.I), para poder abordar después el grupo más importante de presunciones: aquéllas que admiten prueba en contrario. Iniciaremos su exámen con unas consideraciones generales sobre la naturaleza de las presunciones iuris tantum en relación con las presunciones de culpa (cap. II). Luego pasaremos al estudio (discriminatorio) de tres presunciones. Dos de ellas pueden encerrar supuestos de Riesgo: la del propietario o poseedor de un animal (art. 1905) (cap.III) y la del empresario (art. 1903 4º) (cap.IV). La otra, en cambio, sólo puede entenderse dentro de la institución de la responsabilidad: presunción de culpa de los padres (art. 1903 2º) (cap.V).

CAPITULO I.- PRESUNCIONES IURIS ET DE IURE
=====

Es prácticamente unánime la doctrina en reconocer que las presunciones iuris et de iure constituyen auténticas normas sustantivas de las que el hecho indicio es supuesto de hecho (1). La razón de presunción, si es que la hay, se queda en la ratio legis.

(1).- ANDRIOLI: "Presunzione (Diritto Civile e Diritto Processuale)" en N.D.I., t.13, págs. 767-768; GUASP: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t.2, vol.1, 2ª parte, Madrid - 1947, pág. 378; MUÑOZ SABATE: Técnica probatoria, Barcelona - 1967, págs. 90 ss; PRIETO CASTRO: Derecho Procesal Civil, t. 1, Madrid 1964; pág. 416; SERRA DOMINGUEZ: Arts. 1249-1253 del Código civil en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo, t. 16, Madrid 1981, págs. 612 ss.; GENY: Science et technique en droit privé positif, t. 3, París 1915, págs. 282 ss.; HEDEMANN: Las presunciones en el Derecho, Madrid 1931, págs. 216 ss.; CARRERAS: ob.cit., pág. - 375. Aunque SERRA incluye a CARRERAS entre los defensores del carácter exclusivamente presuntivo y no sustantivo de estas llamadas presunciones iuris et de iure y el mismo autor sosten

Eso ocurre con las presunciones irrefragables de culpa; la responsabilidad deriva directamente del hecho mismo que se presenta como indicio.

En el Derecho francés toma la forma de presunción iuris et de iure la responsabilidad de los empresarios por los daños causados por sus dependientes (art. 1384). Lo mismo ocurre en Italia (art. 2049). En consonancia con lo dicho anteriormente la doctrina mayoritaria en ambos países es concorde en afirmar que el empresario no responde porque le sea impu

ga que "no cabe negar que se trate de verdaderas presunciones jurídicas" (pág. 375), en el fondo coincide (y confirma con su reconocida autoridad) con lo que exponemos en nuestras páginas, distinguiendo estructura de la norma (que no es presuntiva) y ratio de la misma (que sí se basa en lo probable). Así señala que "para el procesalista -como para las partes o el órgano jurisdiccional- la presunción iuris et de iure es totalmente irrelevante, ya que la conducta de las partes y la sentencia del Juez no dependen de que exista o se tenga certeza del hecho presunto, sino de la certeza que se tenga o adquiriera respecto del indicio o hecho base. Pero para el civilista, al que interesa la ratio de las normas materiales objeto de su estudio, como medio de determinar su sentido y alcance, la presunción iuris et de iure sigue teniendo gran interés, y por ello lo ofrece también para el Juez, pero no en el juicio de hecho que sirve para la fijación formal de los hechos que han de servir de fundamento al fallo, sino que en el juicio de derecho, cuando se trata de determinar el sentido y alcance de la norma a aplicar" (pág. 375). Y, de forma más contundente en n. 50, -pág. 376: "En la presunción legal absoluta, repitamos, el juicio sobre probabilidad desaparece de la norma, o, manteniéndose en ella como explicación de la ratio del precepto, pierde toda virtualidad jurídica posterior a la actividad legislativa; sólo importa en adelante el indicio o hecho base, que pasa a constituir el verdadero supuesto de hecho."

table culpa alguna (1). No es, pues, una cuestión de responsabilidad.

En el Derecho español no existen presunciones de culpa de este tipo. Ahora bien, implícitamente se dan cuando, sobre una presunción de culpa iuris tantum, sólo se admite como contraprueba la del caso fortuito (en sentido estricto, es decir, no-culpabilidad) o cualquier otra, pero no la de la diligencia. Antes hemos dicho que en estos casos hay presunción iuris tantum de culpabilidad y presunción iuris et de iure de culpa. El hecho de la infracción de la norma de conducta se presume sin admisión de prueba en contrario. Si la ilicitud se presume irrefragablemente es que al Derecho, al ordenar determinados efectos, le es indiferente la ilicitud o no del hecho que los origina (los efectos se derivan directamente del que aparece como hecho indiciario). Esta indiferencia ante la ilicitud nos lleva al Riesgo; es obligación legal de indemnizar, funcionando el caso fortuito o contraprueba como hecho impositivo de la misma.

Entonces, si la norma presuntiva es clara en cuanto a aquello que se admite como contraprueba, podremos diferenciar claramente entre responsabilidad y Riesgo: si se admite la ---

(1).- En Italia, ver: TRIMARCHI: ob.cit., págs. 57 ss.; BONVICINI: ob.cit., t. 1, págs. 548 ss.; SCOGNAMIGLIO: "Responsabilità per fatto altrui" en N.D.I., t.15, págs. 697 ss.

En Francia: VINEY: La responsabilité... cit., pág.874

prueba de la diligencia, se trata de responsabilidad (o, por lo menos, si no queremos prejuzgar la cuestión, presunción iuris tantum de culpa y culpabilidad); si se limita la contrapueba, en cambio, se presume iuris et de iure la culpa, lo que excluye que podamos hallarnos en el campo de la responsabilidad.

Pero no va a ser tan fácil nuestra labor. En primer lugar porque la ley no siempre es clara al definir la contrapueba:

- bien porque no dice nada y se conforma con un genérico "salvo prueba en contrario" (p.ej.: C.c. art. 1183)

- bien porque emplea fórmulas de no sencilla interpretación; así el "no haber podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad" del 1384 francés, el "no haber podido evitar el hecho" del 2048 italiano, "no haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño" del 2050 del mismo código, la "fuerza mayor" o el "caso fortuito" (C.c. español 1905, Código italiano, arts. 2051 y 2052).

En segundo lugar, porque, aún en los casos en que la norma es clara, sobre ella puede actuar, en sentido opuesto al literal, la Jurisprudencia, que, en este tema, funciona de manera altamente creadora.

Luego el problema se invierte. En vez de poder utilizar la definición de la contrapueba para saber si nos encon-

tramos ante un fenómeno de responsabilidad o no, debemos investigar el sentido y naturaleza de la presunción, para saber — cuál es la extensión posible de la contraprueba. De esto nos ocupamos en los siguientes capítulos, pues, casi sin darnos — cuenta, ya nos hemos introducido en el campo de las presunciones iuris tantum.

CAPITULO II.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NATURALEZA
=====

DE LAS PRESUNCIONES IURIS TANTUM EN RELACION
=====

CON LAS PRESUNCIONES DE CULPA
=====

1.- RELEVANCIA SUSTANTIVA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES

Se ha discutido mucho entre los procesalistas acerca - de la naturaleza y concepto de la presunción legal, tratando - siempre de diferenciarla de otras figuras propias del Derecho Procesal: reglas sobre la carga de la prueba, reglas sobre --- apreciación de la prueba, medios de prueba, etc. (1).

(1).- Ver SERRA: ob.cit., págs. 571 ss.

Dentro de este campo procesal pueden encontrarse razones, minuciosas y formales para el civilista (1), para diferenciarla de toda otra institución análoga. Pero, a partir de ---

(1).- Aunque extensa, merece la pena traer a estas notas la siguiente cita de SERRA como manifestación de lo que afirmamos: "... la misión de los medios de prueba es doble. Por una parte paliar en lo posible la inmovilidad del juzgador, impuesta por poderosos motivos de imparcialidad y economía procesal. El juzgador no se traslada directamente hacia la realidad, sino que dicha realidad es traída a su presencia. Y aquellos instrumentos mediante los cuales se efectúa tal traslación, son los denominados medios de prueba. Observamos como el instituto de la presunción no cumple dicha finalidad. Mediante la presunción, el mismo juzgador extrae de unas afirmaciones probadas positivamente sus lógicas consecuencias. No se efectúa ninguna traslación de la realidad, sino tan sólo un raciocinio lógico del juzgador."

"Por otra parte, veíamos cómo los medios de prueba tendían a conseguir la homogeneidad entre los hechos de la realidad y las afirmaciones iniciales de las partes, necesaria para que pudiera tener lugar la actividad de comparación en que la prueba se resuelve. Por ello se convertían los hechos de la realidad en afirmaciones aptas para conseguir dicha comparación. En cambio, en la presunción no se da tal necesidad de asimilación. El material de que la presunción parte se halla compuesto por afirmaciones instrumentales obtenidas mediante la aplicación de los diversos medios de prueba, y depurados por la acción de las reglas de apreciación de la prueba, es decir, por las afirmaciones judiciales en orden a un cierto sector de la realidad. Se trata de un material ya homogéneo y listo para la comparación, pero idóneo al mismo tiempo para extraer del mismo nuevas afirmaciones."

"De estas dos notas excluyentes del carácter de medio de prueba, hasta ahora tan concordemente atribuido a la presunción, se derivan así mismo una serie de nuevas diferencias. Así por ejemplo observamos que mientras los medios de prueba requieren, en cuanto realizados en el proceso, normas de procedimiento que regulen su actuación, normas establecidas en las leyes procesales positivas, en cambio la presunción no requie-

aquí, el camino que se nos ofrece se bifurca. Unos pretenden - retener la presunción dentro del campo del Derecho Procesal: - no sólo goza de especificidad procesal, sino que es norma de - Derecho Procesal. Otros prefieren caracterizarla como norma de Derecho Material.

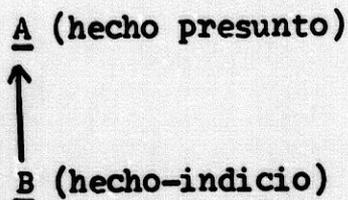
Para los primeros, entre los que destacan HEDEMANN y - SERRA DOMINGUEZ, la presunción es de naturaleza meramente formal. SERRA la define como "aquella actividad intelectual probatoria del Juzgador realizada en la fase de fijación, por la - cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones." (1)

re norma alguna de procedimiento. Así como los medios de prueba deben ser propuestos por las partes, dentro del término establecido para dicha proposición y en la forma ordenada por la Ley, la presunción no requiere para su utilización ni previa - proposición de las partes (aún cuando sea discutible como más adelante estudiaremos la necesidad de la alegación de los hechos base y presumido), ni tiene tiempo o forma establecido para tal proposición." (págs. 571-572).

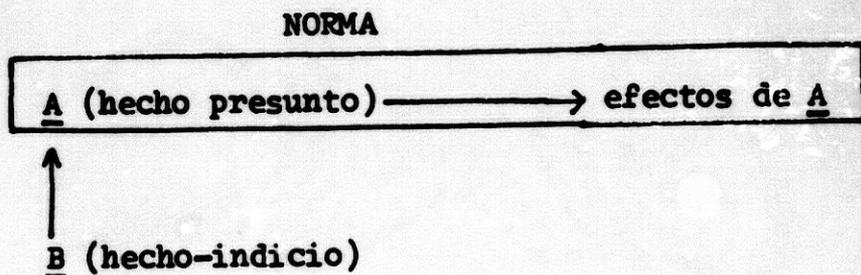
Respecto a la distinción entre las reglas de valoración de la prueba y las presunciones: "Mediante las reglas de valoración de la prueba se pretende averiguar si las afirmaciones instrumentales son dignas de crédito en sí mismas consideradas; mediante la presunción se extraen nuevas afirmaciones - de las afirmaciones instrumentales ya aceptadas por el Juez. - Si bien ambas figuras descansan en máximas de experiencia comunes, las reglas de valoración tienen carácter genérico independiente del hecho concreto a probar, mientras que las presunciones están íntimamente ligadas a la afirmación base concreta de que parten y no son susceptibles de generalización." (pág. - 572-573).

(1).- SERRA: ob.cit., p.ºg. 557.

Llevado a un esquema gráfico, tendríamos algo tan sencillo como esto:



Partidarios de que la presunción se considere institución del Derecho Material son, entre otros, ROSEMBERG y CARRERAS. Nosotros también preferimos opinar que la presunción, — aparte de su especificidad dentro de lo procesal, tiene relevancia sustantiva. La razón de la sustantividad de la presunción se encuentra en su "adherencia" (o complementariedad) a una norma de Derecho Material (1). La presunción no es, entonces, una ligazón entre dos hechos, sino entre un hecho y una norma de la que es "supuesto de hecho supletorio" (2). Su esquema sería:



(1).- CARRERAS: ob.cit., pág. 379.

(2).- Aunque ningún autor diga expresamente esto, creo que puede inferirse de textos como CARRERAS: ob.cit., pág. 369, n. 9 y págs. 379-380.

Luego la presunción, en conexión con la norma complementada, comporta una auténtica norma material (supuesto de hecho - efecto jurídico). Pero, de la misma forma que basta con que se dé uno de los dos supuestos de hecho (el primario o presunto o bien el supletorio o indicio) para que se produzca el efecto jurídico, basta también con que no se dé uno de estos - supuestos (y se pruebe que no se da, es decir, que se pruebe - su inexistencia) para que no se produzca el dicho efecto. De lo contrario, el supuesto de hecho contenido en la presunción no sería supletorio, sino equivalente al supuesto de hecho contenido en la norma primaria. Si bien éste es innecesario para producir el efecto jurídico, no por ello desaparece totalmente, ya que, opuestamente, sí es utilizable para no producir este efecto jurídico. Añádase a esto que en esta faceta de evitación de efectos jurídicos el supuesto de hecho primario y el supletorio no se presentan en iguales condiciones: el primero sólo puede ser objeto de contraprueba, es decir, no basta con crear duda sobre el mismo, sino que hay que llegar a la certeza de su inexistencia; el supuesto de hecho indiciario puede ser atacado con cualquier prueba en contrario, incluso con la que, sin demostrar su inexistencia, destruye la certeza de su existencia (1).

Si hablamos de supletoriedad, forzosamente nos ha de venir a la cabeza la idea de las normas dispositivas o supleto

(1).- Ver SERRA: ob.cit., págs. 619 ss.

rias. ¿En qué se diferencian de las presunciones? En la relación autonomía de la voluntad - norma dispositiva hay dos normas completas; la presunción, en cambio, tiene una norma jurídica completa y otra incompleta (sólo el supuesto de hecho). Mientras la norma dispositiva tiene un efecto jurídico propio y diferente del incluido en la norma emanada de la voluntad, el supuesto de hecho indiciario carece de efectos propios y - debe "robarlos" de la norma correspondiente al hecho presunto.

El supuesto de hecho indiciario viene ligado por una parte al supuesto de hecho presunto, pero por otra se conexiona con el efecto jurídico de la norma, en cuanto que, de forma supletoria, lo produce. Por eso decimos que el hecho-indicio se liga a la norma y no sólo al hecho presunto.

Esta línea de relación entre el hecho-indicio y el - efecto jurídico atribuido por la ley al supuesto de hecho presunto es lo que pretendemos destacar. Pensamos que la misma - se pone en evidencia por las siguientes consideraciones, que desarrollaremos a continuación:

1º.- La ratio legis de la norma de presunción es sustantiva; no basta el id quod plerumque accidit.

2º.- La presunción es relativa: no se aplica respecto de todas las normas que tienen el hecho presunto como supuesto de hecho, sino sólo sobre alguna o algunas de ellas.

3º.- Es necesario, además, realizar una lectura jurídica

dica de la presunción (si se da B, entonces se dan los efectos de A), en lugar de una mera lectura lógica (si existe B, existe A).

Estas tres razones, junto con otras de valor más relativo, merecen las siguientes explicaciones:

A) CARACTER SUSTANTIVO DE LA RATIO LEGIS

La presunción no puede justificarse por sí misma, es decir, con exclusivos criterios estadísticos o de probabilidad. Si, dado un hecho A, id quod plerumque accidit es B, el juez utilizará normalmente una presunción hominis para afirmar el hecho B. La presunción legal requiere una voluntad legislativa de imponer al Juez una relación hecho indiciario-hecho presunto, sustituyendo la eventual presunción hominis que pudiera realizar aquél y produciéndose en relación a las partes una inversión del riesgo de la falta o insuficiencia de prueba, vulgarmente llamada inversión de la carga de la prueba --

(1). La presunción legal, pues, va más allá del id quod plerumque accidit. Como señala acertadamente SERRA, "en la formación de la mayoría de las presunciones intervienen ambos principios, el de causalidad y el de oportunidad" (2). Yo añadiría:

(1).- Ver SACCO: "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova" en R.Dir.Civ. 1957, págs. 399-404.

(2).- SERRA: ob.cit., pág. 563.

sólo debe haber la suficiente causalidad o probabilidad como - para no entrar en la ficción. Por eso el legislador, en vez de imponer como presunto el hecho más probable, puede escoger --- otro que sólo sea posible (1). En la presunción hay una ratio específica y diferente de la mera probabilidad (2). Las presunciones son, entonces, un instrumento técnico para realizar --- ciertos objetivos, para defender e imponer determinados valo--- res preferidos por el legislador.

Que las concretas presunciones de culpa tienen una ra-tio específica, diferente de la mera probabilidad, es algo que ya se afirmaba en el siglo XIX (3). El tema no merece, pues, - mayor discusión.

(1).- GENY: ob.cit., t.3, pág. 287; FORIERS: "Présomptions et fictions" en Travaux du Centre National de Recherches de Logique: Les présomptions et les fictions en Droit, Bruselas 1974, pág. 11.

(2).- WROBLEWSKY: "Structure et fonctions des présomptions juridiques" en Travaux du Centre National... cit., págs. 56 ss.; PERELMAN: "Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse" en travaux du Centre National... cit., pág. 340; BENAVENT: La chance et le Droit, París 1973, págs. 157 ss.; GENY: ob.cit. t.3, pág. 332.

(3).- Así, en la fundamentación de las presunciones de culpa, la doctrina decimonónica acude a razones ajenas a la misma pro babilidad, como la idea de dependencia y representación (TOU--- LLIER: ob.cit., t.6, pág. 138), la de compensación del benefi--- cio que se obtiene (BERTRAND DE GREUILLE: Discours, pág. 318), la equidad (DEMOLOMBE: ob.cit., t.21, pág. 555; LAURENT: --- ob.cit., t.20, pág. 694). El mismo LAURENT, respetuoso siempre de la Ley, descarta implícitamente en alguna de sus páginas --- que la presunción (la de los empresarios por sus dependientes) se pueda basar en la probabilidad. "Quant à la faute que l'on reproche au commentant -dice-, d'avoir donné sa confiance à ---

B) RELATIVIDAD DE LA PRESUNCION

Pongamos que un supuesto de hecho A puede tener diversos efectos jurídicos: a', a'' y a'''. Prácticamente siempre que la ley establece una presunción (dado el hecho B, se presume el A) sólo la hace jugar en relación a uno de los posibles efectos del hecho presunto, pongamos el a'. La parte que reclame en su favor los efectos a'' y a''' se verá, en cambio, desasistida de toda presunción.

Tomemos, a modo de ejemplo, la presunción muciana esta blecida en el artículo 106 del Decreto de 20 de mayo de 1955 - (francés): "Los bienes adquiridos durante el matrimonio por el cónyuge del comerciante se presume que han sido adquiridos -- por el comerciante quebrado... y deben reunirse a la masa de -- su activo, salvo prueba en contrario administrada por escri-- to..." El supuesto de hecho es el siguiente: los bienes adquiridos por la mujer; el hecho presunto: han sido pagados con dinero del marido; el efecto: deben reunirse a la masa de la --- quiebra. Diferentemente, cuando el mismo hecho (los bienes de la mujer han sido adquiridos con dinero del marido) es suscep tible de producir un efecto diferente, en materia de liquida ción de gananciales, defensa de la legítima o defensa de los

des hommes méchants, maladroits ou imprudents, elle suppose - que les patrons ont le choix des préposés. Jadis il en était peut-être ainsi, mais les choses sont bien changés. Que l'on demande aux femmes de ménage si elles ont le choix de leurs - domestiques. Que l'on demande aux chefs d'industrie s'il leur est possible de choisir leurs ouvriers, en ne prenant que les plus capables ou les plus moraux?" (ob.cit., t.20, pág. 628).

créditos civiles, la presunción no se realiza pese a que en muchos de ellos el fraude sea tan posible y probable como en el presente. Es la especialidad del efecto lo que determina la existencia de la presunción; el legislador piensa que la interdependencia de los patrimonios del marido comerciante y su mujer debe ser más fuerte que en los casos ordinarios. Esta especialidad puede justificarse en que, como señala Ripert para otro supuesto análogo, el Derecho Comercial está "deseoso de hacer participar a la mujer casada en los riesgos del comercio de su marido" (1). En cualquier caso, lo que se pretende es dar especial protección a un determinado interés (defensa del crédito mercantil) en relación a los demás intereses que también puede poner en juego un mismo supuesto de hecho. Aquí aparece no sólo la característica relatividad de la presunción, sino también el sentido sustantivo de su ratio.

En el mismo sentido puede citarse, sin necesidad de más comentario, el artículo 3 del Código civil suizo: "Se presume la buena fe cuando la ley hace depender de la misma el nacimiento o los efectos de un derecho".

Las mismas presunciones de culpa sirven a efectos civiles (a ciertos de ellos) y no son aplicables, por el contrario,

(1).- RIPERT y BOULANGER: Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol, t.3, París 1958, pág. 254.