

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA LLAMADA IMPUTACIÓN OBJETIVA
RAZONABLE”**

(ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL)

I) APOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La Responsabilidad Civil, por su misma ontología es el sol o el expediente – más bien institución – sobre el que gira o se proyecta todo el Derecho Civil, en su significado de Derecho Vivo, en una asunción personal de la tesis de Esser sobre que la vida es ante todo <<Responsabilidad>>. Y en esa visión, es cuando, sin duda, se puede afirmar la máxima exponente de la citada <<apología>>, es decir, en el DERECHO POSITIVO-JUDICIAL, - Derecho Vivo – (TODO LO QUE NO ES RESPONSABILIDAD CIVIL ES MERA ESTÉTICA JURÍDICA). Y hasta el punto ésta es una máxima de incuestionable verdad, que, desde el campo extrajudicial de los asesoramientos, pasando por la existencia de los despachos profesionales de abogados, hasta la culminación en base judicial – juzgados, audiencias y TS – la actividad de los mismos, cada uno en su específico sector, se ciñe casi con exclusividad laboral, en la resolución de problemas, cuestiones, litigios, en fin, en torno a la responsabilidad civil sobre la que verse el asunto. Y es que si el Derecho se explica, y, así es su razón de ser, como un instrumento coactivo, no sólo indicativo de una conducta a seguir por cada cual, respetuosa con los intereses del prójimo o convivente, sino, que ante el inevitable acaecimiento de que esa conducta no sea la predicada y se frustre el objetivo de no dañar a otro –y ahí está la dación del conflicto, litigio, en definitiva -, será cuando ese dañado acuda al remedio impeditivo de que ese menoscabo persista, bien merced a la actuación de los expertos, bien, en último caso, mediante la tutela judicial. Mas, en ambos campos, se repite, los módulos resolutivos se habilitarán a través del juego del mecanismo de la Responsabilidad Civil. Y, aunque no fuese acaso necesario, sí conviene recordar que esa Responsabilidad Civil, en un simplismo conceptual, supondrá que, ante ese daño producido por otro – infracción de un precepto normativo – el perjudicado aspire a su resarcimiento o reparación, con lo que hasta se podía ubicar su reencuentro con el asidero de historicidad de la institución, con los apotemas tan repetidos, y no, por ello secundarios, del tríptico ULPiano, ya que, al margen del primero, relativo al <<*honeste vivere*>> que enjuga connotaciones éticas, los otros dos, tanto el <<*naeminen laedere*>> como el <<*suum cuique tribuere*>>, informan a la Responsabilidad Civil, quien comete un ilícito y perjudica a otro, está, obvio es, infringiendo el primero, y por ello el así perjudicado actúa invocando el juego del segundo. Claro es, que estas raíces seculares precisan una actualización en su problemática de modernidad que sirven también para explicar la <<Apología>> referida; ya que, en su misma analítica, esos postulados de la Responsabilidad Civil, ostentan una doble integración que, a su vez, refuerzan esa apología y la categoría maximalista rubricada, porque, por un lado, no sólo el ilícito –o trasgresión del precepto- responderá a una verdad objetiva o, a una conducta sin duda, evidente productora del daño, sino que, lamentablemente, se distorsiona en el evento el componente subjetivo del interesado en la idea, de que, con frecuencia, ese ilícito no es tal, sino una impresión o sensación interesada del que con buena fe o no, a veces, con un móvil espurio, entiende que el suceso trasgresor se ha producido y, por ello reacciona en demanda de su resarcimiento. En definitiva, tanto porque el ilícito realmente haya acontecido, tanto porque la contraparte crea que así ha ocurrido, la realidad innegable en que convergen ambas

fuentes de causación – como un sin fin – en un mundo omnicompreensivo de conflictos en los que late en primacía la Responsabilidad Civil. Hasta la misma connotación expresiva, se anida en la categoría: Conflicto, litigio, pleito, problema, no es sino una discrepancia o pugna de intereses entre uno y otro, porque el primero persigue que al otro se le imponga las consecuencias de la Responsabilidad Civil en que ha incurrido y, por ende, se le dispense de la tutela o el resarcimiento.

Enunciar, que en la totalidad de los asuntos <<conflictivos>> se debate la Responsabilidad Civil, es hasta un alarde de puerilidad, ya que, si se memoriza la diáspora de controversias imaginables en el concierto social, se acredita esa verdad: Conflictos, sin número, entre el acreedor y el deudor, poseedor y propietario-accionista y órganos sociales, lesionado víctima <<versus>> autor, pugnas entre parientes por derechos familiares-sucesorios, problemas arrendaticios o dominicales –poseedor frente a propietario -, etc... son una muestra bien tenue de que el quehacer exclusivo de los despachos profesionales y la materia mayúscula sobre la que recae la función judicial, siempre lo será dentro de la Responsabilidad Civil, hasta el punto que vale el aserto de que, todo lo demás es mera ESTÉTICA JURÍDICA. Y al punto, es difícil imaginar un litigio en donde no se debata de entrada o al final, un sesgo de Responsabilidad Civil; se dice o apunto que, v.g. en las cuestiones de estado civil, es posible la excepción, al no existir una contraparte que se oponga a la pretensión, lo que tampoco se comparte, porque, igualmente, en cualquier materia de progenie, de filiación, es difícil no encontrar un contradictorio opuesto a la pretensión, ya desde sus inicios o al final en sus consecuencias, al quedar afectado por ese estado civil que se declare judicialmente. Son definitiva, otros argumentos que cierran el epigrafiado – acoso con un sabor en demasía- <<apología de la Responsabilidad Civil>> los que siguen:

1.- El Derecho Positivo, judicial o vivo, es un instrumento – cuerpo ordenador/sancionador – resolutorio de conflictos, y éstos, por definición presuponen un conjunto de intereses encontrados, en donde uno pugna con el otro en defensa de su pretensión, la cual, procesalmente, se caracteriza por el ejercicio de una acción o acceso judicial con base a un derecho que se considera perturbado o merecedor de esa tutela que se demanda. Toda pretensión, pues, confluye en una reclamación por parte de quien entiende – con razón, objetivación del problema, o sin ella, pero que así lo siente subjetivación – perturbado, dañado o perjudicado por la conducta del otro, frente o contra el que reclama.

2.- Eso, tan así, es la entraña de todos los litigios, esto es, se demanda la tutela judicial, para que se imponga la responsabilidad civil a quien se estima es el autor del ilícito causante de aquella perturbación; ilícito que no es sino la trasgresión de una norma, sea desde la clásica del “*laeminen laedare*” hasta la del incumplimiento contractual y, de ahí, el binomio de la responsabilidad contractual la segunda o aquiliana la primera.

3.- En la estructura de toda norma jurídica, en un recuerdo de su elemental propedéutica, al supuesto de hecho o descripción de las circunstancias, se le agrega el indispensable efecto sancionador o imposición de un reproche si no se respeta el mandato; esa imposición no es sino la savia conductora a la responsabilidad civil, que se demanda ante quien desoye aquella sanción.

4.- De igual modo, la imperatividad de toda norma, consecuente con esa citada exigencia de su sanción, implica el deber de cumplirla o acatarla, de tal modo que, si no se

cumple, <<se responde>> sin más. Pero, ¿cómo y ante quien?; el <<hágase>> o <<debe hacerse>> propio de esa imperatividad, conlleva a que con su observancia se respete la armonía social o los derechos o intereses confluyentes, de tal modo, que sino, o no cumple o respeta, se menoscaba la esfera jurídico- patrimonial del otro sujeto, objetivo o finalidad de aquella onda sancionada en su cometido ordenador del Derecho, pues, no se olvide, que el <<hágase>> o <<debe hacerse>> propende que antes un supuesto de hecho el mandato o sanción preserva o protege la zona de confluencia del otro interesado; el débito ha de cumplirse, la propiedad será acatada, los derechos de los demás han de respetarse, etc., son afirmaciones que forjan esa dualidad entre la autoría en la trasgresión, producción del ilícito y tutela de quien, por esa inobservancia, le ha visto perjudicado.

A tenor de que en toda sanción normativa existe un obligado a cumplirla y un destinatario de su cumplimiento y, por ello, perjudicado *ex post* si se infringe, se explica porque afloran o se hacen ostensibles o relevantes en el mundo del Derecho los incumplimientos sin número, que en el concierto social acaecen en torno al aparato regulador del Derecho; esto es, si no fuera porque ante el incumplimiento de una norma, existe otro sujeto que, por ello mismo y por el perjuicio que se le irroga, LO DENUNCIA O RECLAMA FRENTE a su autor, quedarían impunes la mayoría de las conductas transgresoras.

5.- Y en el colmo del paroxismo apologético, se podría hasta sostener que en cualquier precepto, norma o artículo de nuestro venerable Código Civil, albergante del rigor de la proposición jurídica – o sea, acogedor del sentido de imperatividad, por tanto, desechando los modelos impropios de generalidad definitoria de conceptos -, existe esa presencia permanente de la responsabilidad civil en la idea de que cualquier precepto o artículo, en el imperativo que encierran, obedecen o tienen su razón de ser en que su inobservancia provocará la reacción del otro sujeto amparado por ese mismo precepto, quien en defensa de sus intereses o derechos, reclamará contra ese infractor para que se le imponga el reproche sancionador, y ya pues, dentro del campo ínsito de la pregonada responsabilidad civil.

II) ESTUDIO CLÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD CIVIL: SU PROBLEMÁTICA:

La responsabilidad civil, en general, es como un juicio de reproche que dicta el Ordenamiento a una conducta infractora, a una conducta constitutiva de un hecho ilícito. Aunque sea tema de divulgación – pero para entrar un poco en materia- , si efectivamente la conducta contraventora supone la vulneración de la *lex privata contractus*, se producirá la responsabilidad CONTRACTUAL, si se contraviene la ley de “Naeminem Laedere”, se estará en la responsabilidad extracontractual.

A) RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

La responsabilidad civil contractual supone la transgresión de la Ley del Contrato; el deudor no cumple aquello que se compromete. El tratamiento legal de la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 1101 del Código civil: quedan sujetos a la

indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en 1) Dolo, 2) Negligencia o, 3) morosidad, o 4) de cualquier forma contraviniese el tenor de aquélla.

1) HERMENÉUTICA DEL ARTÍCULO 1101 DEL CÓDIGO CIVIL.

La expresión utilizada, en su modalidad adverbial: <<... los que “durante” el cumplimiento...>>. ¿Ello es aceptable? Gramaticalmente parece que la respuesta es afirmativa y, por tanto, al parecer, la esfera de subjetividad delineada se refiere a aquellos deudores que <<estando cumpliendo sus obligaciones>>, o sea, han comenzado a cumplir y luego dejan de hacerlo... Si esta conclusión fuera cierta, se reduciría sobre manera el alcance del artículo, porque lógicamente sólo jugaría en aquellas obligaciones cuyas prestaciones se han empezado a cumplir, y posteriormente se interrumpe dicho cumplimiento por <<incurrir>> el deudor en alguna causa de las descritas, y si especulativamente cabe deslindar ambos momentos o conductas del deudor; en la <<praxis>> se estima que únicamente en las obligaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo sería captable la distinción. De rechazo se excluirían de la órbita del precepto todos aquellos deudores que incumplieran sin más la obligación, o sea, no ejecutaran acto alguno tendente al cumplimiento; hipótesis ésta, como se sabe, de <<incumplimiento propio o definitivo>>, que generalmente se ubica – casi en su totalidad, a tenor de la doctrina tradicional – en el núcleo del artículo 1101. Por todo ello, parece lo más sensato entender que en su marco de subjetividad tanto se encierran a aquellos deudores que inicialmente cumplen o empiezan a cumplir; como a los que inexecutan acto alguno tendente al cumplimiento.

2). SUSTANTIVIDAD DE LA CUARTA CAUSA.

Razonamiento de su sustantividad como <<cuarta causa de responsabilidad contractual. Precisión conceptual: relación con el artículo 1098.2º. La contravención especial absorbe el cumplimiento <<erosionante>>, <<irregular>>, <<defectuoso>> o <<irritual>>. Pero ¿qué es la contravención?, o más exactamente, ¿cuál es el sentido de la contravención establecida en el artículo 1101?. Es preciso delimitar ese significado porque en el tema, como se verá, interfieren algunos precipitados propiciantes al equívoco. Según ALEMANY, contravención es la <<acción y efecto de contravenir>>, y contravenir implica <<obrar en contra de lo que está mandado>>, de donde se extrae ya la nota consustancial al término de que toda contravención supone una actuación contraria a lo ordenado o, traslaticiamente, a <<lo obligado>>. Preciado así el concepto de la <<cuarta causa>> es fácil, por ejemplo, y a título ilustrativo, relacionar el *nomen* del artículo 1101 con el igualmente empleado en el párrafo segundo del artículo 1098:

<<... Si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación, se mandará ejecutar a su costa. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.>>

Un primer argumento de sustantividad se extrae de la hermenéutica literal del precepto. Afirmar, pues, que el artículo 1101 delinea cuatro supuestos determinantes de la responsabilidad contractual en vía de resarcimiento – según el sentido técnico adosado por

nosotros a la tesis de BONVICINI – no es sino constatar el fruto de una simple lectura de aquél; la misma conjunción copulativa <<y>>, al término de la enumeración casuística procedente, con su enlace en sujeto plúrimo final, <<los que>> revelan meridianamente que estos deudores son otros distintos a los tres anteriores – los dolosos, culposos y morosos -, porque, además, para fortalecer el sentido gramatical, asimismo se nominalizan empleando el pronombre correspondiente, al igual que se hace para tipificar, al principio, a esos distintos tres deudores, es decir; <<los que>>.

3. LOS 4 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD. LA CULPA DETERMINANTE.

Partiendo del cuadro cuatripartito de requisitos (esto es, conducta, daño, nexo causal y culpa), el de la <<culpa>> es el tema nuclear de la responsabilidad y, sobre todo, es el que nos va a llevar a un efecto significativo diferenciador en torno a la responsabilidad extracontractual en lo concerniente a la denominada inversión de la carga de la prueba.

¿...Cómo se acredita la culpa en la responsabilidad contractual...?

Naturalmente, siguiendo los dictados clásicos, en el origen del artículo 1214, que refleja el secular <<al actor le incumbe la prueba>>, o incumbe la prueba a aquel que reclama según recoge el artículo 1214, trasunto del *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat*, de ahí que será el acreedor, perturbado por el incumplimiento del deudor, quien deberá acreditar ese cuadro cuatripartito:

- La acción o incumplimiento.
- El daño que produce.
- El nexo causal.
- La culpa.

O sea, se ha de probar que el deudor no ha cumplido por culpa, por alguno de esos supuestos de reprobabilidad del artículo 1101, si bien puede aducir luego el deudor, que no cumple, porque, diligente, no pudo cumplir por la imposibilidad sobrevinida, caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil.

Interesa en modo destacar que todo el tema de la responsabilidad contractual está basado en la presunción de diligencia del deudor, por lo que, en principio, será el acreedor el que tenga que demostrar su culpa.

B) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

1) HERMENÉUTICA DEL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL.

Es sabido que la responsabilidad extracontractual presupone un juicio de reproche a quien efectivamente comete un ilícito, no por la vulneración de la *lex privata*, sino por la vulneración del *naemine laedere*; se recoge en el artículo 1902: <<El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado>>; este precepto nuclear de tantos quebraderos de cabeza, es el que ampara la respectiva *ratio petendi* de la

infinidad de litigios sobre responsabilidad; con respecto a la contractual, su elemento de culpa también se alude en la responsabilidad extracontractual, que, obvio es, requiere asimismo una acción u omisión, daño, nexos causal y también la culpa.

La diferencia está en que el elemento de reprobabilidad del artículo 1101 se diversifica en esas cuatro modalidades, y, sin embargo, el artículo 1902 sólo habla de culpa o negligencia, por lo que ciertos autores piensan que ahí hay diferencias que pueden llevar aparejados, incluso, consecuencias distintas. Por ejemplo, se dice que el tema de la culpa leve no acontece igual en la responsabilidad contractual que en la extracontractual. Se reitera, pues, en cuanto a la hermenéutica del artículo 1902, que también acoge el cuadro cuatripartito: la acción, el daño, el nexo y la culpa, y que al no existir ninguna cortapisa, debe prevalecer también la exigencia del elemento de reprobabilidad, afín al llamado criterio voluntarista, determinante de la responsabilidad subjetiva presente en la aquiliana, y al margen del incesante fenómeno socializador del derecho que – como se verá – deberá atenuarse para tratar de evitar la emigración de este tipo de responsabilidad a derroteros de la objetiva, desvío que desde luego no tolera el citado artículo 1902.

2) CONEXIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

En torno a las conexiones, ya lo decía NIPPERDEY, que los principios fundamentales de la transgresión contractual son idénticos a los de los actos ilícitos de la extracontractual; y es que en la práctica se plantea una misma conducta transgresora de una *lex* (en la primera, *Lex privata contractus*), y de otra ley, la de respetar el patrimonio del otro (en la segunda, *Naeminen laedere*), elemento culpabilístico, pues, que se puede considerar semejante, sin perjuicio de esa diferencia del Código civil de que frente a las cuatro causas de reprobabilidad o de ilicitud del artículo 1101, sólo se habla de culpa o negligencia en el artículo 1902. En definitiva, en ambas responsabilidades juega el apotegma <<quien daña responde>>, si bien – salvo como se verá – sobre la prueba del daño/culpa acontece otra variante bien obvia; en la contractual el daño está como anticipado al coincidir con el *id quod interest* de la prestación, mientras que en la extracontractual el daño será el menoscabo *ex post*; y es que los efectos de ambas responsabilidades también son comunes en el sentido de que, en principio, opera la premisa de que quien daña responde, si bien esto hay que matizarlo con la idea de que bajo la ineludible apoyatura subjetiva, no es suficiente ese <<quien daña responde>> y sí, en cambio, el <<quien daña con culpa responde>>, y así dentro de la responsabilidad contractual se anticipa su característica propia de que el daño está como anticipado y viene a equivaler al contenido de la prestación, de tal suerte que en esta responsabilidad, a consecuencia del reproche por el incumplimiento de la prestación, puede derivar (siguiendo a BONVICINI) en una responsabilidad de garantía, que es el cumplimiento *in natura*, o bien, en su defecto y cuando no es posible, en la llamada responsabilidad por el resarcimiento o la responsabilidad por el equivalente, *id quod interest*; mientras que en la responsabilidad extracontractual es evidente, no existe esa anticipación del daño, ya que depende del menoscabo *ex post* que infiera el autor de la conducta.

3. DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Ab initio se plantea si las diferencias que vamos a analizar tienen o no peso específico para sostenerlas, porque la mayor parte de ellas son fruto de una creación jurisprudencial con un relativo o discutible apoyo legal; cabe señalar los siguientes:

Inversión de la carga de la prueba.

Sobre la prueba de la responsabilidad/culpa: juego de presunciones.

- 1) *Contractual*: El acreedor debe probar todo el proceso: <<incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat>>, artículo 1214, <<incumbe la prueba al que reclama: acción, daño, nexo y culpa. *In favor debitoris* >> presunción de diligencia.
- 2) *Extracontractual*: Inversión de la carga de la prueba: razones: solidaridad social, la víctima ha de ser resarcida. El actor o perjudicado sobre todo sólo ha de probar el daño y se presume la culpa del autor. Presunción de culpa, tendencia socializante en pos de la responsabilidad objetiva por daños frente a la responsabilidad por culpa.

Bajo la presunción de diligencia del artículo 1101, el acreedor perjudicado tiene que acreditar la culpa del deudor; sin embargo, en la aquiliana (y por razones que luego se exponen) se habla de la inversión de la carga de la prueba, ya que el perjudicado sólo tiene que probar o acreditar la conducta omisiva o positiva, el daño y el nexos causal, sin que deba acreditar la culpa porque se presume que el autor de la conducta ha actuado con culpa, con lo que se consuma, bajo la presunción de culpa, que el que daño responde: y... ¿por qué esto?, porque el Código no lo dice, pues así como la presunción de diligencia y el *in favor debitoris* y la carga que incumbe al actor están en el Código civil, artículos 1102 y siguientes en el 1214, y, por tanto, ha de aceptarse esa presunción de diligencia del deudor, y que el acreedor tiene que demostrar su culpa, aquí, sin embargo, el Código civil no sanciona nada, si bien la jurisprudencia habla de la inversión de la carga de la prueba; en el tema se podría hasta incorporar un acarreo del fenómeno socializador del Derecho de que, a ultranza, parece que, por razones de justicia, la víctima tiene que ser reparada, a la víctima hay que atenderla, bajo la influencia de ese eco que está tratando de abrirse campo, de la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad por riesgo, que así, casi se margina, porque con la inversión de la carga de la prueba, el que actúa en principio responde, en tanto no acredite que ha actuado diligentemente, por lo cual, con esta inversión, en el proceso la posición del perjudicado es muy ventajosa, ya que el autor del suceso tiene que cargar con la prueba, para demostrar que ha actuado así, pero que, naturalmente, no es responsable porque ha actuado diligentemente.

Son, en definitiva, razones de justicia conmutativa y, es más diría que son hasta razones de una información excesiva – incluso de Derecho laboral -, en donde, en virtud del *in dubio pro operario*, está incorporada la responsabilidad objetiva o por riesgo; ya hace tiempo decían los hermanos MAZEAUD que la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad objetiva (y hasta la inversión de la carga de la prueba) es una consecuencia de cuando por los adelantos de la técnica se ha impuesto, sin necesidad de culpa, que alguien tenga que responder por los hechos de otro, que es lo que sucede en la responsabilidad por parte del empresario; mas se recalca que no existe una razón normativa o de *ius cogens*, de derecho constituido, que imponga la presunción de culpa en responsabilidad extracontractual.

Y como gran parte de los litigios vienen por el canal de artículos 1902, aparte del 1101, unido a que las modernas tecnologías, las presentes circunstancias económicas, hacen que afloren nuevos modelos de riquezas y de estructuras, esto es, fuentes incesantes e intensas de actividad de riesgo, conlleva todo lo cual a vigorizar los cimientos seculares de la responsabilidad por culpa que, no se dude, están ahí, en el artículo 1902.

Juego de la solidaridad impropia:

Si a la responsabilidad extracontractual (recursos sociales)

No a la responsabilidad contractual.

En segundo lugar, otra diferencia (también muy sobresaliente) es el tema de la solidaridad; pues en la responsabilidad extracontractual, asimismo la creación de la jurisprudencia ha “inventado”, que cuando en el hecho coexiste una serie de conductas, concausas o coautorías, y no se puede determinar quién ha sido el autor eficiente, o el porcentaje de atribución de daños a cada interviniente, unas veces, porque, razonablemente, no existe esa demostración, o a veces, por pura inercia resolutoria, entonces se impone la “solidaridad” de todos los coautores; que, solidariamente, deben responder del resarcimiento frente al perjudicado; es lo que se denomina la solidaridad “impropia”, que desnaturaliza y de qué modo, la solidaridad propia en tema contractual (del art. 1137) cuando las partes que se han obligado así son coherentes y, es natural que así respondan; porque, y ahí está la denuncia, en tema de responsabilidad extracontractual, puede ocurrir que entre personas sin ninguna relación, ni nexos alguno, al final, se verán envueltas en esta responsabilidad solidaria, “impropia” –sic- (“nomen” aún más impropio, y a nuestro entender hubiera sido mucho más exacto aludir a una especie de conjunción resarcitoria e indemnizatoria con los siguientes matices: por un lado, que deberá con el mayor celo, agotarse los trámites para tratar de constatar el “quantum” de participación en el hecho ilícito de cada uno de los partícipes y, en segundo lugar, que cuando esto no sea posible, tras agotarse todos los medios de prueba, será cuando se podía implantar la llamada “conjunción indemnizatoria” para que el colectivo, indemnice al perjudicado, con la siguiente puntualización: previo rechazo del vínculo de solidaridad imponer la condena al colectivo de autores de tal forma que, en todo caso, se individualice la condena a cada uno que responderá por su parte correspondiente, de tal forma que si son tres los autores cada uno responda de la tercera parte, y con independencia asimismo de la eventual repetición; y es que siguiendo esa crítica, se exclama ¿habrá algo que más repela que uno se vea encadenado en las consecuencias indemnizatorias por conductas de otras personas, con las cuales no se está ligado en absoluto?; y es que también, por creación jurisprudencial, se ha impuesto la solidaridad en el tema de la responsabilidad extracontractual, porque, -se repite- persiste la obsesión tuteladora de que, a ultranza, hay que resarcir el daño y así como en la inversión de la carga de la prueba, a toda costa, se parte de la presunción de culpa del actor, cuando son varios coautores, y no se puede desmenuzar el “quantum” participativo de la autoría, todos responden por igual; por lo cual, cabe imaginar algunos problemas que se plantean “ex post”, si luego, alguno de los condenados solidariamente inste otro proceso, para que se acredite fehacientemente el monto exacto de participación que él ha tenido y, hasta para postular incluso, su exclusión en la autoría en una especie de acción de repetición, con la eventual convulsión de los efectos de la cosa juzgada (porque, si “primus, secundus y tercius” han sido condenados en el pleito solidariamente, luego “primus” puede iniciar otro para esclarecer justamente el grado de autoría, y demostrar que él no participó);

entonces ¿qué pasa?, lo que antes ha reflejado la sentencia, ¿sienta excepción de cosa juzgada?; una tesis que puede ser válida, será la que sostiene que como la cualidad con que las partes intervienen en el segundo litigio no es la misma, entonces no acontecerá la triple identidad para que se produzca el efecto de la cosa juzgada; pero – se repite- la razón es exactamente la misma, la obsesiva protección a la persona perjudicada.

Daños morales.

Otra diferencia que existe en el tratamiento es, por ejemplo, el tema de los daños morales...¿Qué es el daño moral? Es un concepto tan vaporoso que escapa de lo jurídico, y es curioso cómo ahora, por ejemplo, con la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se habla hasta de su <<baremitización>>; así se contemplan varios supuestos de daños morales, en todo el complejo Anexo de la Ley, al fijar un sistema de valoración de los mismos; número 7, << la cuantía de la indemnización para daños morales es igual para todas las víctimas...>>; pues bien, difícil es sentar unas premisas aritméticas de su *quantum* cuando, como se sabe, el daño moral es como el quebranto o sufrimiento que experimenta una persona al haber sido víctima de una agresión productora de un daño más o menos material; por ejemplo, se dice que cuando por resultado de un accidente de circulación fallece la víctima, el sufrimiento que padecen los deudos de esa víctima, no ya la carencia material que le produce ese fallecimiento, porque eso puede entrar dentro de la órbita de los perjuicios, sino el dolor; el pesar; el sufrimiento; asimismo, si la persona que, por ejemplo, ha sido víctima de una lesión, le queda un déficit facial, el sufrimiento que padece dicha persona al estar percibiendo permanentemente esa situación: el llamado <<perjuicio estético>> del capítulo especial de citada ley, ¿es eso valuable económicamente?, casi de quimera supone partir de algo tan vaporoso y proyectarlo, en equivalencia, a un *quantum* económico, perfectamente resarcible; tampoco, empero, debe omitirse la razón de este sistema de Ley de Ordenación del Seguro: procurar encontrar un modelo de seguridad y evitar la dispersión judicial al cuantificar en forma distinta unos supuestos y otros u otra.

Y de nuevo, en sede de esas diferencias, se dice que el daño moral no puede ser objeto de resarcimiento en la responsabilidad contractual, y en la extracontractual sí, pero...¿por qué?, ¿es que no puede haber una conducta infractora por parte del deudor que incumple << la *lex privata contractus*>> determinante también de esa desafección, de ese sufrimiento, de ese padecimiento del acreedor que pensaba percibir lo que le pertenecía?.

Imagínense ustedes que existe un compromiso de reintegrar

Un cuadro de un valor sentimental o familiar impresionante y el deudor (el obligado a reintegrar) no lo hace, figúrense el quebranto que produce en ese acreedor, no sólo por no obtener el cuadro, sino también por esa nostalgia sentimental de algo entrañable que era de su familia...¿Es que esto no es evaluable?, y ¿por qué sí lo es en tema de responsabilidad extracontractual? Si ya se atisba es << por la inimaginable onda de proyección del ilícito aquiliano>>, pero...¿es suficiente?

Otras diferencias: prescripción. Cláusulas modificativas de responsabilidad.

Otra diferencia es el tema de la prescripción, si bien ahí hay un marco legal: en el tema de la prescripción se dice que las acciones para exigir resarcimiento con responsabilidad extracontractual prescriben al año – ex art. 1968.2º- , mientras que para la responsabilidad contractual prescriben a los quince años – art. 1964-; esto es curioso porque yo defendía la responsabilidad contractual en un Congreso de Médicos, y en un coloquio alguien dijo:

<<...Oiga usted, no crea que eso es corporativo, nos está usted perjudicando, porque a nosotros nos interesa más que esa responsabilidad sea contractual, pues si transcurre un año sin que se nos reclame, podemos aducir prescripción...>>

Cierta la denuncia, ahí si existe un marco legal; también existe diferencias en torno a las cláusulas convenidas sobre responsabilidad, pues cabe pactar previamente algo que en la responsabilidad extracontractual no es posible, mientras que los pactos, actos de limitación o modificación de responsabilidad, en tema de responsabilidad están perfectamente admitidos, en mor al *pacta sunt servanda*;... el de exclusión es defendible desde la suspicacia, hasta la prohibición; sin embargo, en la responsabilidad extracontractual –se repite- ello no es posible, porque no se conoce a los interesados luego en el proceso desencadenante de la responsabilidad.

III) LA LLAMADA IMPUTACIÓN RAZONABLE OBJETIVA COMO DETERMINANTE DE LA RESPONSABILIDAD PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

En un trabajo de J.A Xiol, Revista Jurídica de Actualidad Civil (aplicable al efecto en la línea de la obra de Günter JAKOBS “la imputación OBJETIVA en Derecho penal: “El significado de un comportamiento social constituye el objeto de la teoría de la imputación OBJETIVA”: V.g para que un comportamiento cause un perjuicio no basta aislar al autor pues cabe que, en el contexto del suceso, competa a otra persona: Así cabe hablar de 4 clases de comportamiento; 1) Si el autor, sin responsabilidad no participa en el resultado (amante que rompe y su amada amenazó con lesionarse). El autor se conexas con otro que emite la infracción (comerciante que vende productos tóxicos, sin más), 3) O que entrega explosivos y se mata con ellos a una persona, 4) Son casos de inducción y complicidad: sin responsabilidad)

Se comenta esta nueva exigencia para determinar esa responsabilidad por el daño causado, según la moderna jurisprudencia del T. Supremo (SS. 16-10-2007, 9-10-2008, entre otras), y son sus presupuestos los siguientes; previa constatación de esa imputación objetiva:

“La imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris*, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterio extraídos del ordenamiento jurídico, la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la

norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias”.

1.- En la concurrencia clásica para la Responsabilidad Civil (daño o perjuicio, acción de otro, y nexo causal entre ambos), es preciso prefiar el dato de la IMPUTABILIDAD, es decir si, en efecto, todo ese proceso puede atribuirse al autor de la conducta para exigirle su responsabilidad en pos al resarcimiento, por ello.

2.- Se precisa analizar si aquella CAUSALIDAD FÍSICA o MATERIAL, puede derivar en la CAUSALIDAD JURÍDICA, base de la imputación.

3.- Por eso ante el criterio subjetivo de Responsabilidad de los Arts. 1101 y 1902 CC., se precisa alcanzar el llamado criterio objetivo si es que concurre esa causalidad jurídica.

4.- Frente a la “questio factis” de la causalidad material, ha de encontrarse la causalidad jurídica o “ Quo iuris” para imponer la responsabilidad por el daño.

5.- Habrá de valorarse si en aquel nexo de causalidad material se interfieren como factores que desvirtúan la imputación de responsabilidad al citado autor material del hecho – v.g., si concurren factores excluyentes de esa responsabilidad: v.g asunción el riesgo por el propio perjudicado, o de terceros, o eventos fortuitos o de fuerza mayor, etc.

- El nuevo enfoque proviene de la misma jurisprudencia de la Sala 3ª, que analiza el imponer a ultranza la responsabilidad de la Administración, por actos de sus agentes: Vg, el art. 141 de la L.R.J, que dice que sólo se indemnizarán los daños a los particulares cuando éstos NO TENGAN EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTARLOS, y que no lo son los provenientes de hechos imprevistos o inevitables según el estado de la ciencia.

CONCLUSIÓN:

En realidad esta imputación objetiva implica que (no es suficiente la voluntariedad (subjetiva) de la acción, sino que habrá de examinarse todo el proceso posterior desencadenante del DAÑO para imputar la responsabilidad), sin más pues pretende seguir la depuración por el Derecho moderno, en tema de responsabilidad del principio medieval del CAUSA CAUSAE, esto es, quien provoca el hecho causante determinante de todo proceso, responderá de todos los daños acaecidos durante el mismo: V.g., el choque de un automóvil, con la rotura de la luna de un establecimiento, el infarto del comerciante, el susto de la cliente, la llegada de los bomberos con los desperfectos causados, los peatones asustados, etc.

Es claro pues, que sólo cabe atribuir aquel daño cuando razonablemente se derive de la conducta inicial según el devenir normal de acontecimientos.

Es una forma de evitar ese fatalismo impositor, por ello se dice que frente a la CAUSALIDAD MATERIAL HA DE ENCONTRARSE LA CAUSALIDAD JURÍDICA.-

Luis Martínez- Calcerrada Gómez
- Catedrático de Derecho Civil- Emérito

NOTA: EL PRESENTE TRABAJO CONTIENE UN TOTAL DE 5785 PALABRAS,
LUEGO RESPETA EL LÍMITE QUE SE INDICÓ POR EL SECRETARIO DEL APDC
CON FECHA 20-12-2010