

El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico

Por FERNANDO GOMEZ

Departamento de Derecho civil, Facultad de Derecho (UCM)

Por SANTOS PASTOR

Departamento de Economía y Hacienda, Facultad de Derecho (UCM)

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Qué reglas jurídicas se examinan? II.1. ¿Qué son reglas de responsabilidad? II.2. Exclusión de las reglas contractuales. II.3. Exclusión de las reglas de responsabilidad por daños intencionales. II.4. Principales áreas. III. Puntos de partida. III.1. Respuesta de los sujetos a los incentivos que crean las reglas. III.2. Función preventiva de las reglas de responsabilidad. III.3. Los objetivos. III.3.1. El óptimo social. III.3.2. Justicia, compensación ética y maximización del bienestar social. III.3.3. Justicia y prevención. Justicia y compensación. IV. Propositiones fundamentales. IV.1. Cuando las partes son neutrales hacia el riesgo. IV.2. Responsabilidad, riesgo y seguro. IV.3. El problema de los costes administrativos. V. La regla de no responsabilidad. V.1. Los ilícitos típicos. V.2. La restricción a priori del ámbito del daño resarcible. V.2.1. El daño no patrimonial. V.2.2. Equiparación daño resarcible-daño real. V.3. Las reglas de no responsabilidad del sistema español. V.3.1. Subestimación sistemática de los daños. V.3.2. El principio del perjuicio efectivo. V.3.3. Las nociones causales. VI. La regla de responsabilidad por culpa. VI.1. Culpa y nivel óptimo de cuidado. VI.2. La determinación de la culpa. VI.3. La presunción de la culpa. VI.4. La compensación de culpas. VI.4.1. Resultado óptimo. VI.4.2. Los casos. VI.4.3. La distribución de los daños. VI.5. El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia. VI.5.1. La apariencia. VI.5.2. Las realidades. VII. La responsabilidad objetiva. VII.1. Responsabilidad objetiva y niveles de cuidado y de actividad. VII.2. Ambitos de responsabilidad objetiva. VII.3. Correctivos a la regla. Una noción de «culpa exclusiva». VII.4. Responsabilidad objetiva y seguro. VIII. La responsabilidad civil y otros medios alternativos de control del riesgo.

I. INTRODUCCION

Viven hoy los sistemas de responsabilidad civil la tendencia —iniciada hace ya algunos años— a cuestionar su propio papel y viabilidad. Que se examine con detalle un sistema de administración del daño tan complejo y costoso como es la responsabilidad civil, y se confronte con distintas alternativas (seguros obligatorios, seguros sociales, sanciones penales, fondos de compensación públicos) no puede sorprender hoy a nadie. Mucho menos cuando precisamente se reclama a los sistemas de regulación y administración del daño, aptitud para satisfacer las más variadas exigencias y funciones: desde la más extensa compensación de las víctimas, hasta su satisfacción psicológica a través del principio de retribución; desde la prevención de los accidentes, hasta la reducción de los costes administrativos de la compensación; desde la colectivización de las pérdidas y el fraccionamiento de los riesgos, hasta la función educadora y ejemplificante; desde la sanción de conductas juzgadas desfavorablemente por la sociedad, hasta la presión sobre las grandes empresas para que eleven sus niveles de seguridad; desde la labor como «Ombudsman», hasta la internalización de los costes sociales por parte de los causantes de éstos (1).

Tal vez demasiado. Por ello, las opiniones sobre el futuro de los sistemas de responsabilidad civil son tan dispares: hay quien considera que las reglas de responsabilidad son el sistema de regulación de los contactos sociales más acorde con la ideología social de nuestro tiempo; (2) por contra, hay quien asegura su progresiva sustitución por sistemas de aseguramiento colectivo (3).

Todos aquellos objetivos pueden aparecer, en mayor o menor grado, como deseables. Nosotros no podemos aquí examinarlos o diseñar los medios para alcanzarlos. En este trabajo pretendemos, más simplemente, exponer las consecuencias sociales que producen las reglas de responsabilidad civil efectivamente utilizadas por el sistema jurídico español, dentro del marco conceptual y usando los instrumentos del análisis económico de los accidentes, esto es, mediante la construcción de un modelo sobre unos supuestos estrictos, que nos permita predecir cuales serán

(1) Desde diversos puntos de vista, vid. STOLJAR «Accidents, Costs and Legal Responsibility» en 36 *The Modern Law Review*, 1973, p. 234; ALPA y BESSONE, *Atipicità dell'illecito I: i profili dottrinali*, 2.^a ed., Milano, 1981, p. 3; CANE, «Justice and Justifications for Tort Liability» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, p. 30; CALABRESI, *El coste de los accidentes*, trad. española, Barcelona, 1984, p. 42; FLEMING, *The Law of Torts*, 6.^a ed., Sydney, 1983, p. 6; ID. «C'è un futuro per i torts?», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 75. En particular, las extensas consideraciones sobre la multiplicidad de funciones de LINDEN, *Canadian Tort Law*, Toronto, 1983, p. 1; ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, 2.^a ed., London, 1978, p. 486; TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, p. 153.

(2) CALABRESI: «La responsabilità civile como diritto della società mista» en *Pol. Dir.*, 1983, p. 672.

(3) FLEMING: «C'è un futuro...», *cit.*, p. 295.

los efectos de la aplicación de las diversas reglas de responsabilidad, sobre el comportamiento futuro de los sujetos.

II. OBJETO: ¿QUE REGLAS EXAMINAR?

II.1. Vamos a hablar de reglas de responsabilidad civil en el sentido de criterios de decisión autoritaria (por parte del sistema jurídico) acerca de quién asumirá y en qué medida asumirá, los costes de los daños que se produzcan en el curso de la vida social:

Cuando un sujeto sufre un daño y, según normales conexiones de experiencia y sentido común, puede decirse que ha sido producido por otro sujeto, el sistema jurídico tiene entre sus funciones la de decidir si el daño se deja allí donde ocurrió, esto es, quien lo sufrió habrá de ser quien asume en definitiva su coste. Esta decisión la toma el sistema jurídico por medio de las reglas de responsabilidad, que establecen en qué circunstancias, con qué condiciones y con qué alcance se efectúa esta transferencia entre los dos sujetos. Esta se instrumenta en el plano técnico-jurídico a través de la imposición al autor del daño de la obligación de repararlo, total o parcialmente.

II.2. Dentro de este ámbito, no obstante, nos ocuparemos sólo de las reglas de responsabilidad sobre accidentes extracontractuales. Esto supone la exclusión del objeto de nuestra atención, de las reglas de responsabilidad contractual. Y ello no porque no encajen en el sentido que al término reglas de responsabilidad hemos atribuido. Muy al contrario, estamos firmemente convencidos de la unidad del sentido económico de las reglas de responsabilidad, tanto contractuales como extracontractuales. Sin embargo, por razones históricas, en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos —y el español no es una excepción— el ámbito del contrato y del ilícito suelen considerarse separadamente. Además, esto nos ha permitido acotar el ya de por sí amplio material jurisprudencial utilizable. En todo caso, no está de más subrayar que, en buena parte, lo que se exponga es trasladable «tout court» al ámbito de la responsabilidad contractual (4).

II.3. En segundo término, determina asimismo que tampoco nos

(4) Buena prueba de ello es la existencia de ámbitos de daños en que operan responsabilidad contractual y extracontractual. Este es el caso de los accidentes médico-sanitarios, que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones por la vía contractual (entre las más recientes, las sentencias de 26 de mayo de 1986 y 13 de julio de 1987) y en ocasiones por la extracontractual (sentencias de 1 y 16 de diciembre de 1987). *Vid. en general, SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil médica de los médicos en el Derecho español» en R.D.P. (1984), p. 668; FERNANDEZ COSTALES Responsabilidad civil médica y hospitalaria, Madrid, 1987, p. 41 y ss., para la discusión de la naturaleza de la responsabilidad médica. Esta doble perspectiva, no es exclusiva del derecho español. En Gran Bretaña, por ejemplo, se entiende que los profesionales de la medicina están sujetos a un deber contractual en algunos casos, y a un deber extracontractual en todo caso: JACKSON y POWELL Professional Negligence, 2.ª ed., London, 1987, p. 287 y ss. con abundante material jurisprudencial.*

ocuparemos de los daños intencionales. Que, sea un daño intencional no es algo inmediatamente aprehensible, dada la ambigüedad de sentido del término «intencional». No trataremos, obviamente, de analizarlo, sólo de caracterizar una cierta esfera de supuestos.

Los daños intencionales pueden ser equiparados, a nuestros efectos, a los daños producidos con dolo (5). El dolo se considera ordinariamente uno de los criterios subjetivos de imputabilidad de la obligación de resarcir, junto a la culpa o negligencia (6). Sin embargo, su tratamiento, de ordinario, —no hay más que ver los manuales al uso en la materia—, una vez señaladas sus peculiaridades, no aporta nada a la consideración de la responsabilidad por culpa. Además, los supuestos reales de daños intencionales o dolosos son mucho menos numerosos que los de daños accidentales (7), o cuando menos, se presentan en mucho menor grado ante los Tribunales civiles. Así pues, dado que ni siquiera en la aproximación jurídica común representan un factor de importancia, podemos decidirnos a excluirlos de nuestra consideración. Y ello apoyado en el hecho de que los daños intencionales pueden conceptuarse, en términos generales: a) bien como destrucciones ineficientes de riqueza: A, prende fuego a la vivienda de su vecino, B, simplemente porque le odia; b) o bien como intercambios coactivos en un marco de *costes de transacción* (8) razonablemente bajos, al contrario que los daños accidentales, en los cuales estos costes de transacción entre los sujetos intervinientes son altos: así, si A desea una sofisticada máquina de propiedad de su vecino B, y se la sustrae, está evitando el método más *eficiente* (9) de asignación de recursos, que es el mercado, cuando los costes de ésta no son, en principio, demasiado altos (de entrada, está ya identificado el sujeto con quien contratar); por contra, el propietario de un animal doméstico no puede identificar a todas las potenciales víctimas de la actividad incontrolada de éste, por lo que es impensable en principio una solución transaccional. Por tanto, los actos intencionales son, en general, acciones ineficientes que suelen ser desincentivadas con la imposición de responsabilidad, como uno de los instrumentos posibles (10).

(5) La Sentencia de 25 de abril de 1967 dice que daños realizados con dolo son los daños realizados con intención, de forma voluntaria.

(6) La culpa y el dolo son los criterios de imputación sobre la base de los cuales el sistema jurídico atribuye un daño a un sujeto, cuando su comportamiento se ha calificado en términos de falta de diligencia o de tendencia de la conciencia hacia el daño. Vid. sobre ello CARBONE *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, p. 136.

(7) DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 104.

(8) Son los costes de identificar, negociar y hacer efectivo un intercambio contractual entre sujetos.

(9) La noción de eficiencia indica que no existe otra situación posible «mejor», entendiéndose por ello una situación en que nadie pierda. Esta noción de eficiencia habitualmente denominada paretiana (por Wilfredo PARETO) es muy útil en los marcos contractuales. En muchas situaciones, sin embargo, puede que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que pierden los que empeoran, denominándose a esta situación «eficiente en el sentido amplio» o de KALDOR—HICKS (por los autores del mismo nombre).

(10) Vid. en la literatura, en este sentido, LANDES y POSNER «An Economic Theory

Por último, conviene aclarar en este apartado preliminar, que cuando hablamos de reglas de responsabilidad efectivas en el sistema español hacemos referencia a las aplicadas por los Tribunales españoles, en particular el Tribunal Supremo. Por regla general, las sentencias utilizadas en el estudio son de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, aunque haya alguna de la Sala 2.^a o de otros órganos jurisdiccionales (11). Hoy en día, el Derecho privado como tal, es en buena parte derecho de los jueces, (12) y si hay alguna materia en la que este dato sea incontestable, es precisamente en la responsabilidad extracontractual.

III. PUNTOS DE PARTIDA

III.1. Hemos expuesto ya anteriormente como propósito de este trabajo examinar los efectos de las reglas de responsabilidad civil sobre las conductas de los sujetos sometidos al sistema jurídico. Ello supone admitir que los sujetos responden a los incentivos que establecen las reglas jurídicas y que responden porque son *racionales*, esto es, maximizadores de alguna forma de valor (e.g., la utilidad), en un mundo en que se ven sometidos a ciertas restricciones (13).

En cuanto a la disposición de los sujetos para responder a los incentivos, es preciso aclarar que no precisa ser total. No es necesario que todos los sujetos respondan a los incentivos que derivan de las reglas jurídicas; basta con que la mayoría lo haga de forma sustancial. Si no se da ese grado de respuesta, habría que renunciar a regular conductas por medio del sistema jurídico. En efecto, tratar de establecer reglas de control de los comportamientos, cuando los sujetos no responden a ninguna clase de estímulo predecible, en una empresa perfectamente inútil (14).

III.2. En el ámbito de los accidentes, este presupuesto implica cierta revalorización de la función preventiva de la responsabilidad civil. Precisamente en momentos en que el logro de esta función por parte del sistema de la responsabilidad civil ha sido puesto en tela de juicio, cuan-

of Intentional Torts», en 1 *Intl. Rev. Law and Econ.*, 1981, p. 127; POSNER *Economic Analysis of Law*, 3.^a ed., Boston, 1986, p. 192; EPSTEIN «Intentional Harms» en 4 *J. Legal Stud.*, 1975.

(11) Dado que tratamos de exponer las reglas efectivas hoy, sólo se utilizarán las sentencias más recientes (posteriores a 1980), salvo que sentencias más antiguas presenten una especial relevancia.

(12) SALVADOR CODERCH: En *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987, p. 37.

(13) Sobre críticas a este enfoque, véase: HOLLIS y NELL, *Rational Economic Man: A Philosophical Critic of Neoclassical Economics*, 1975, p. 28; LEFF, «Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975, p. 451.

(14) VELJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», en *Current Legal Problems*, 1985, p. 130.

do por algunos se considera que aquella función quizá no fuera siquiera deseable como objetivo (15).

Sin embargo, es preciso señalar, por una parte, que la afirmación de que la prevención es y debería ser una de las funciones de los sistemas de responsabilidad civil, no es incompatible con el reconocimiento de un grado mayor o menor de fracaso de los mismos en su consecución (16). Y, por otra, los estudios empíricos realizados parecen mostrar la existencia real de esa función preventiva (17).

III.3. *Los objetivos*

III.3.1. Para permitirnos enjuiciar, una vez examinados los efectos de las diversas reglas de responsabilidad, el valor relativo de unas sobre otras, es necesario, además, la fijación de un criterio (una función) de bienestar social.

Este criterio va a ser el de la minimización de los costes relacionados con los accidentes, comprendiendo en este término 1) los costes esperados de los daños derivados de los accidentes, 2) los costes de prevención de éstos, 3) los costes de administración del sistema de responsabilidad civil y 4) los costes de soportar el riesgo cuando las personas tengan aversión a él (18).

III.3.2. Este criterio —u objetivo, como prefiera llamársele— contrasta fuertemente con los que ordinariamente suelen asignarse a los sistemas de responsabilidad civil. En primer término, no aparece ninguno de los componentes éticos que han acompañado al surgimiento de nuestras reglas de responsabilidad civil; como el del actuar libre y responsable del ser humano, como ser esencialmente libre y moral que tiene como uno de los límites el de no dañar la libertad y propiedad de los otros; porque el que daña a otro lo está tratando como medio y no como fin, y si transgrede este límite debe sufrir las consecuencias (19). Otro impe-

(15) FLEMING: «C'è un futuro...» *cit.*, p. 276; ID *The Law of Torts, cit.*, p. 7; ATIYAH *Accidents...*, *cit.*, p. 502. En España, por ejemplo, SALVADOR CODERCH, en «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en *C.C.J.C.* (1985), p. 2908, nos habla del carácter secundario y muy eventual de la eficacia preventiva. Véase también la sección VIII «*infra*».

(16) Como dice WILLIAMS, «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951, no es lo mismo decir que el objetivo de la responsabilidad civil es la prevención, que decir que aquélla efectivamente previene siempre.

(17) Véase SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass), 1987, cap. 11.

(18) *Vid.* CALABRESI «Optimal Deterrence and Accidents» en *84 Yale Law Journal*, 1975, p. 656; SHAVELL *Economic Analysis of...*, p. 7.

(19) Dice KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. esp. 8.^a ed., Madrid, 1983, p. 85; «Clarísimamente salta a la vista la contradicción cuando se eligen ejemplos de ataque a la libertad y propiedad de los demás. Pues se va al punto que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines». Sobre la derivación de las cláusulas ge-

rativo ético o de justicia —o por lo menos, concorde con un sentimiento de lo justo ampliamente difundido en la sociedad— es el de que las víctimas, cuando menos las víctimas inocentes, reciban una compensación por el daño sufrido (20). Pero el criterio expuesto no hace referencia a ninguno de los dos componentes éticos que acabamos de mencionar, ni a otros criterios de justicia imaginables en la distribución del coste de los accidentes.

Sin embargo, el criterio anterior no pretende ser exclusivo. En realidad no es más que una aplicación, en el campo del derecho de accidentes, del criterio de la maximización del bienestar social como función (no única) de las decisiones jurídicas. Ahora bien, este patrón de la maximización del bienestar no tiene pretensiones monopolísticas, no trata de erigirse en el valor social por encima de todo otro. Dicha maximización es un valor social en el sentido de constituir el sustrato material de otros valores de muy variado carácter. Es decir, el criterio propuesto es un criterio «instrumental» en el sentido de Dworkin (21), y no implica rechazar otros objetivos de justicia y de igualdad en particular, respecto a los cuales el bienestar es sustrato importante.

Por otro lado, como dice Calabresi, aunque sin estos valores ulteriores tal vez no tengan pleno sentido los valores del análisis económico del Derecho, parece que el evitar el desperdicio y derroche de recursos, es parte de un sentido muy extendido de lo que es justicia (22).

III.3.3. Los dos criterios éticos a los que a más arriba hemos hecho referencia poseen algunas implicaciones importantes en el plano de los fines operativos. Por una parte, el criterio del «*alterum non laedere*» parece comportar como fin inmediato la reducción de los daños a los otros, derivados de las conductas moralmente libres de los sujetos, esto es, la reducción del coste de los accidentes con independencia del costo de prevenirlos y evitarlos (23). Pero este objetivo lleva consigo un desperdicio de recursos evidente, porque si tratamos de evitar los accidentes a toda

nerales de responsabilidad de los Códigos decimonónicos, como el «Code civil» francés y el Código italiano de 1865, en los que se inspira el código español, en ésta como en tantas otras materias, del iusnaturalismo iluminista, *vid.*, TUCCI responsabilidad civil y daño injustos, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, trad. esp. Boloña, 1980, p. 427.

(20) Dado que la sensación agradable que produce el daño se ve contrarrestada por la sensación agradable que produce tanto el castigo al ofensor como el montante del resarcimiento, como lo expresa algún ilustre autor: WINDSCHEID *Diritto delle pandette*, trad. *it.*, Torino, 1904, p. 363.

(21) DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 191 con el título «Is Wealth a Value».)

(22) CALABRESI «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them in 69 *Iowa L. Rev.*, 1984, p. 834.

(23) Con frecuencia, el Tribunal Supremo indica que los sujetos deben adoptar *todas las medidas*, esto es, aparentemente incurrir en cualquier coste para evitar el daño: sentencias de 12 de diciembre de 1984, 21 de junio de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de mayo del 86 y 17 de diciembre de 1986.

costa —a todo coste— estamos empleando unos recursos que podríamos estar dedicando a la prevención de un coste mayor.

Por otro lado, el criterio de la compensación, bien en sentido débil —sólo a las víctimas inocentes— bien en sentido fuerte, —a todas las víctimas—, constituye sin duda una aspiración que cuenta con gran número de sostenedores (24). Por ello parece indudable que la compensación debe ser un objetivo social a tener en cuenta, aunque no de forma exclusiva (25).

IV. LAS PROPOSICIONES FUNDAMENTALES

IV.1. Expondremos primero muy brevemente el aparato teórico y conceptual que nos va a permitir comprobar los efectos sociales de las reglas de responsabilidad (26); primero, cuando las partes son neutrales hacia el riesgo.

Se dice que una persona es neutral hacia el riesgo porque es indiferente ante las situaciones siguientes, dado que lo único que le importa es el valor esperado de los sucesos y ese valor es igual en todos los casos. Una persona con aversión al riesgo preferirá la situación A a la B y ésta a la C. Una persona con preferencia por el riesgo preferirá C a B, y B a A:

	Pérdida (millones)	Probabilidad (%)	Valor esperado (millones)
A	1	100	1
B	10	10	1
C	100	1	1

Que las gentes tienen aversión al riesgo es algo frecuentemente observable cuando los riesgos que enfrentan son grandes en relación a sus activos. La preferencia por el riesgo, sin embargo, suele presentarse más cuando los riesgos son pequeños en relación al patrimonio de los sujetos.

Llamaremos *víctima* al sujeto que sufre los daños y *causante* al sujeto que los origina. Suponemos, para empezar, que son neutrales al riesgo y que el *coste esperado* de los accidentes, (su probabilidad multiplicada por la magnitud de los daños), se ve influido por el comportamiento de las partes; en principio, sólo por sus medidas de precaución y, en aque-

(24) TUNC, *La responsabilité civile*, cit. p. 142; ATIYAH, *Accidents...*, cit., p. 480; RODOTA, *Il Problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 16.

(25) Sin embargo, volveremos sobre ello al final del trabajo, al discutir brevemente los sistemas alternativos para enfrentarse a los accidentes.

(26) Para ello seguimos el modelo convencional en la literatura económica sobre la materia, contenido (con pequeñas variaciones), en: BROWN, «Toward an Economic Theory of Liability», en *2 J. Legal Stud.*, 1973, p. 323; GRADY, «A New Positive Economic Theory of Negligence», en *92 Yale Law Journal*, 1983, p. 799; SHAVELL, *Economic Analysis...*, cit., p. 5 y 33.

llos casos en que expresamente se indique, también por el volumen de sus actividad. Se supone además que precauciones superiores producen una disminución del coste esperado de los accidentes, aunque de forma decreciente, es decir, que las ulteriores precauciones reducen ese coste pero lo hacen cada vez en menor cantidad (27).

Supondremos también que las partes conocen a) la magnitud de los daños en caso de producción de accidente, b) sus costes de precaución, c) los niveles reales de medidas de precaución; por tanto, pueden determinar el nivel óptimo de precaución. Se asume, en fin, que los *Tribunales* conocen los mismos datos y pueden realizar las mismas determinaciones que las partes.

Distinguiremos dos tipos de accidentes: a) *accidentes unilaterales*, aquellos en los que sólo el comportamiento del causante influye en la producción del accidente: b) *accidentes bilaterales*, en los que el comportamiento tanto del causante como de la víctima influye en el accidente. En éstos últimos supondremos que el causante adopta un nivel de precaución, dado un nivel de cuidado de la víctima, y viceversa; además, que el nivel de cuidado óptimo es positivo para ambos, esto es, ambos deben adoptar alguna medida de precaución.

El punto central es ahora determinar el nivel óptimo de cuidado de un sujeto, aquél que el sistema jurídico debería inducir. Su formulación general es sencilla. La precaución debe ser tal que haga mínimos los costes sociales (totales) esperados de los accidentes. En el caso que contemplamos ahora, *se trata de hacer mínima la suma del daño esperado (daño multiplicado por la probabilidad de que se produzca) y el coste de adoptar la precaución*. Así se hace máximo el beneficio social.

Tomemos el ejemplo de un conductor, distribuidor comercial, cuyos ingresos dependen del número de visitas a los clientes a quienes va a visitar a los distintos puntos de la geografía hispana. Cuanto más deprisa conduzca por término medio (por día), más pueblos y clientes podrá visitar y más ingresos podrá obtener.

Sean las alternativas que se contienen en el cuadro siguiente. Es claro que la conducta socialmente (que tiene en cuenta a las dos partes, causante y víctima) óptima es la II, porque es la que hace máximo el beneficio social neto de costes; y ello a pesar de que en la alternativa III no había ningún daño a las víctimas.

ALTERNATIVAS (velocidad media)	Beneficios esperados	Daños esperados	Beneficios menos daños
I. media 190 Km/h.	100	120	—20
II. media 90 Km/h.	80	60	20
III. media 40 Km/h.	5	0	5

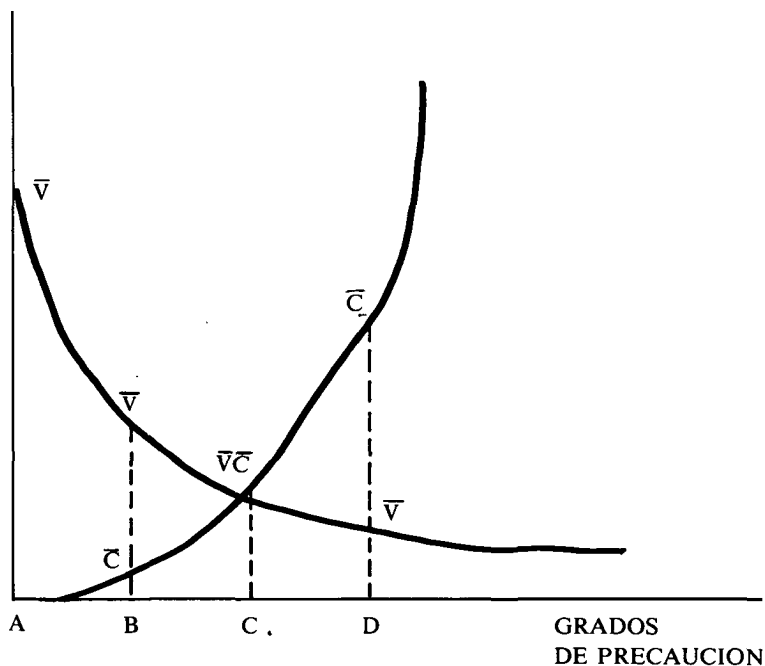
(27) En términos técnicos, que la reducción marginal del coste esperado a los distintos niveles de precaución, tiene pendiente negativa.

La figura siguiente describe la situación en términos más generales, cuando se trata de analizar el resultado de dosis minúsculas de precaución adicional (funciones continuas).

LA DETERMINACION DEL GRADO DE PRECAUCION OPTIMA EN LOS ACCIDENTES

COSTES

BENEFICIOS



\bar{V} = Minorización de daños sufridos por la víctima

\bar{C} = Costes, para el causante, de adoptar mayor precaución

En la figura, la función C representa el coste para *causante* de adoptar grados de precaución adicional (28). Análogamente, la función V indica la minimización del daño esperado de la *víctima* correspondiente a esos grados de precaución adicionales.

La opción A representa un grado de precaución subóptimo porque si se adoptara la precaución correspondiente a B el coste para el causante

(28) Coste marginal: lo cual incluye, en su caso, los ingresos dejados de percibir: costes de oportunidad.

te, (CB) sería menor que la ganancia de la víctima (VB). Por las mismas razones, B es subóptima respecto a C. ¿Tiene sentido D? No, porque en ella, aunque los costes de la víctima son muy bajos, las del causante son mayores.

Una observación: todo sistema de compensación a las víctimas de los accidentes comporta unos costes, más o menos altos, incluso aquellos de «casi perfecta» compensación a través de fondos públicos o semipúblicos (29). Por ello, no existe ningún sistema que compense todo daño. en cualquier circunstancia y en cuantía indeterminada «ex ante». Todo sistema realiza algún tipo de selección. Vamos a considerar en los próximos apartados cuál es la selección de los daños accidentales resarcibles que realiza el sistema de la responsabilidad civil español. Pero antes resumiremos aquí las proposiciones más importantes del análisis económico del derecho de accidentes cuando las partes son *neutrales al riesgo* y cuando se trata de minimizar «solo» los *daños esperados para la víctima* y los costes de adoptar *precaución* y ejercer un cierto *nivel de actividad* por parte de *causante y víctima* (30).

1.1. Accidentes unilaterales, donde los costes esperados del accidente dependen exclusivamente de la *precaución del causante* (cuya conducta es lo único controlable):

Tanto el sistema de responsabilidad objetiva como el de responsabilidad por culpa son eficientes siempre que, en el primero, el tribunal o la norma pueda o permita, respectivamente, conocer los daños reales sufridos por la víctima (31), y que, en el segundo, el tribunal o la norma permitan conocer cuál es el standard o «quantum» de diligencia eficiente (32).

1.2. Accidentes bilaterales, donde el coste esperado del accidente depende de la *precaución del causante y de la víctima*:

La regla de responsabilidad objetiva, con el complemento de la compensación de culpas, es eficiente. La regla de la culpa, con o sin compensación de culpas, es también eficiente.

1.3. Accidentes unilaterales en los que los costes del accidente dependen de la *precaución y del nivel de actividad del causante*: La regla de responsabilidad objetiva induce resultados eficientes. La regla de

(29) El más destacado de estos sistemas es el de Nueva Zelanda. *Vid.*, sobre él ALPA y BESSONE *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985, p. 390. Sobre los costes administrativos de los sistemas de compensación, FLEMING «C'è un futuro...», cit., y véase más adelante en esta sección.

(30) En ellos se puede controlar la precaución o el nivel de actividad del causante como de la víctima. Véase, en general, POLINSKI *Introducción...* Insistimos en advertir que suponemos por ahora inexistentes los costes de «soportar el riesgo» y de administrar el sistema.

(31) La literatura angloamericana, dominante en estas materias, suele referirse al tribunal solamente, como corresponde a sistemas donde estas materias son «common law». Nada hay que implida su generalización a lo supuestos en que la norma permita determinar el valor de los daños efectivamente causados, sin subestimación ni sobreestimación de los mismos.

(32) Que minimiza los costes sociales.

la responsabilidad por culpa, para ser eficiente, precisa que el standard de diligencia abarque tanto la precaución como el nivel de actividad (33).

1.4. Accidentes bilaterales en los que el coste del accidente depende, de la *precaución y nivel de actividad de la víctima*:

El sistema de responsabilidad objetiva, corregida con el criterio de compensación de culpas, es eficiente si el standard de diligencia de la víctima incluye tanto su precaución como su nivel de actividad. El sistema basado en la regla de responsabilidad por culpa será eficiente si, como se dijo antes, el standard de diligencia del causante incluye tanto la precaución como el nivel de actividad. Si, como es el caso frecuente, la determinación del nivel de actividad eficiente de una u otra parte fuese difícil, la regla preferible sería la responsabilidad objetiva con compensación de culpas si el nivel de actividad más importante fuese el del causante; y si ese nivel fuese el de la víctima, la responsabilidad por culpa (34).

IV.2. Responsabilidad, riesgo seguro

Veamos ahora el caso de los accidentes en los que los costes a minimizar consisten, *además de los antes citados*, (35) en los *costes de soportar el riesgo* cuando las partes tengan aversión al riesgo.

Mientras las partes sean neutrales hacia el riesgo —como hasta ahora— lo único importante es el valor esperado del suceso incierto, esto es, el producto de su valor por la probabilidad de que se produzca. Pero sucede que, como se dijo antes, muchas personas no son neutrales al riesgo —sobre todo cuando el riesgo es de elevada cuantía en relación a los activos de que disponen— y prefieren evitarlo.

Una de las formas de protegerse frente a situaciones de riesgo para esas personas que tienen aversión a él es el seguro (36). A pesar de la

(33) Lo que no suele ocurrir en la práctica, y que hace que la responsabilidad objetiva sea superior en muchas ocasiones.

(34) Ambas soluciones son «insuficientes» pero una lo es más que otra en cada caso.

(35) Recuérdese, costes esperados del accidente y costes de adoptar la precaución.

(36) Imaginemos un recién nacido licenciado en derecho a quien se ofrece como ingreso en el despacho donde comienza a trabajar lo que gane de la defensa de los asuntos que lleve (y gane). Supongamos que la situación es tal que su probabilidad de ganar un mes cualquiera un asunto, por el que cobraría una minuta de 200.000 pesetas, es del 50 %, esto es, que el valor esperado de este suceso es de 100.000 pesetas. Si gana, cobra 200.000 pesetas pero si pierde no cobra nada.

Si nuestro recién licenciado tuviese aversión al riesgo es probable que estuviera dispuesto a aceptar 90.000 pesetas seguras a cambio de evitar el riesgo de no obtener nada si perdiese el asunto. Pero si existiese un «asegurador de minutas» (e.g. un despacho colectivo grande), éste podría ofrecer un ingreso fijo de, por ejemplo, 25.000 pesetas a nuestro abogado por el resultado de su trabajo; con ello ambos ganarían; el asegurador obtendría en promedio 5.000 pesetas porque estando dispuesto a aceptar 90.000 para evitar el riesgo, ha percibido 95.000.

Una cualificación necesaria a lo anterior es que, para que el razonamiento sea válido, los sucesos asegurados (ganar o perder el asunto) deben ser independientes estadísticamente y el valor de lo asegurado ser pequeño comparado con el patrimonio del asegurador;

gran resistencia social que su incorporación suscitó en muchos países (37), la provisión de seguro es «buena» socialmente. Una explicación intuitiva de esa bondad consiste en apreciar que, si la provisión del seguro es indiferente para la víctima, que ve asegurada la compensación del daño sufrido, pero puede beneficiar al causante, socialmente (38) sería óptima su adopción.

Aunque el seguro es una forma generalizada de protección frente a riesgos cuando la gente tiene aversión a él, con frecuencia los mercados de seguros no existen, no son accesibles, o son imperfectos en su funcionamiento. Que no existen puede deberse, entre otras razones, al hecho de que el costo del producto sea tan alto que disuada a los potenciales asegurados. Las imperfecciones, por su parte, suelen deberse a la presencia de fenómenos de «descuido» y de «selección adversa» (39), de no fácil solución (40).

Si las partes tienen aversión al riesgo, la asignación que las distintas reglas de responsabilidad hagan de ese riesgo a soportar (41) al que se tiene aversión es importante porque soportar el riesgo es un coste más

en otras palabras, la participación en el soporte del riesgo de cada asegurador sea pequeña, porque, de lo contrario, podríamos encontrarnos con situaciones de aversión al riesgo nuevo. Véase POLINSKY *Introducción...*, para una explicación más extensa.

(37) En la Unión Soviética existe todavía dicha prohibición en muchos casos. Originariamente existió también una enorme resistencia en el Reino Unido a la implantación de los seguros sobre barcos por entender que con ellos se creaba un posible incentivo a los accidentes marítimos. Por ejemplo, no es infrecuente el caso de pacientes irritados por la indiferencia económica de la responsabilidad derivada de negligencia profesional en casos cuyo resultado haya sido la muerte de un paciente.

(38) Resultado de la suma de uno y otro.

(39) El «descuido» también llamado «moral hazard», se refiere a situaciones en que la existencia del seguro puede aumentar la probabilidad o magnitud del daño derivado del accidente al no estimular la diligencia del asegurado cuando con ella podría haberse reducido el valor esperado de aquel daño. Con frecuencia no puede controlarse la conducta de una persona de forma que extirpe el cuidado a su alcance, y sin embargo, tal conducta podría haber reducido el valor esperado de un suceso desagradable, bien reduciendo la probabilidad de su producción, bien el valor del daño. Este tipo de problemas está presente a menudo en las relaciones mandante-mandatario o de principal-agente. En los casos de «selección adversa» sólo los malos riesgos encontrarían seguro; véase AKERLOF A. «The Market Mechanism» *Quarterly J. of Econ.* 84, 488-500, 1970.

(40) Las formas más frecuentes de enfrentarse a situaciones de «descuido» consisten en el establecimiento de primas de seguro viables según el cuidado del asegurado, la franquicia o el coaseguro. Una forma de ajustar las primas a la diligencia prestada por el asegurado es la de establecer bonificaciones a las primas cuando no se producen accidentes. La franquicia de una cierta cantidad de daños es muy frecuente en los seguros «multihogar» (unas 10.000 pesetas en 1986 y en los seguros médicos privados de muchos países occidentales (por ejemplo, en Estados Unidos, muchas de las asistencias médicas que comportaran gastos de unas 15.000 pesetas en 1986 quedaban sin cubrir). En el coaseguro el asegurador queda sin asegurar un porcentaje del daño, por ejemplo cuando el asegurador abonó sólo el 80 % del daño sufrido por el asegurado. En todos los supuestos anteriores subsiste todavía una parte de los riesgos sin cubrir.

(41) Esto es, saber ¿quién soporta finalmente el riesgo y cómo asigna el derecho del riesgo a una u otra parte. En todos estos casos se está entendiendo la, a veces equívoca, expresión «riesgo» referida a una situación indeseada asociada a la existencia de incertidumbre, sea aquella negativa —e.g., perder bienes al ser robados, tener que pagar por daños inflingidos a otros— o positiva —e.g., ganar una cosa, obtener un resultado favorable.

a tener en cuenta. De forma que *si los efectos de las distintas reglas de responsabilidad fueran los mismos en cuanto a los daños esperados de los accidentes, a los costes de precaución, y a los costes administrativos, pero una de dichas reglas fuese superior porque asignase el riesgo a la parte con menor aversión al riesgo*, esta regla sería la óptima o eficiente socialmente y no las demás.

Nos preguntaremos, pues, cómo funcionan las reglas de responsabilidad civil en este nuevo escenario, qué incentivos crean cuando las partes —una o ambas— tienen aversión al riesgo, dependiendo de si el seguro es inexistente o inaccesible, perfecto o imperfecto.

De forma resumida, los resultados que proporciona la teoría sobre la bondad relativa de las distintas reglas de responsabilidad ante situaciones en que la aversión al riesgo es importante son los siguientes (42).

a) Cuando el seguro es inaccesible:

Si la víctima tiene aversión al riesgo y el causante es neutral, el sistema de responsabilidad objetiva es preferible; y al contrario si es el causante, y no la víctima, quien tiene aversión al riesgo. La atenuación de la responsabilidad del causante es una solución subóptima (43).

b) Si el seguro es perfecto y asequible a ambas partes:

Cualquiera de los dos sistemas es eficiente.

c) Si el seguro es imperfecto o inasequible al ofensor y la víctima tiene acceso a un seguro perfecto:

El sistema eficiente es el de responsabilidad por culpa, pero no el de responsabilidad objetiva.

IV.3. *El problema de los costes administrativos.*

Veamos ahora el caso de los accidentes en que los costes a minimizar consisten, *además de los ya mencionados, en los costes administrativos ocasionados por la resolución de las disputas (litigios) que generan los distintos sistemas de responsabilidad.*

Los *costes administrativos* se refieren a costes tales como pagos a abogados, valor del tiempo empleado en litigar o a costes de sostener el sistema de resolución de disputas (judicial o de otro tipo). Su valor total es función del número de casos y del coste de resolución de cada uno, y su cuantía suele ser elevada a pesar de que una alta proporción de los conflictos se concilien antes de juicio, según datos de otros países (44).

(42) Véase POLINSKY *introducción...* pp. 83-89. Para simplificar, nos referimos al modelo unilateral de accidentes en que es relevante sólo la precaución del causante (no el nivel de actividad), pero el análisis es perfectamente aplicable a los modelos más complejos «mutatis mutandis».

(43) Al responder por menos del daño causado, el causante tenderá a no adoptar la precaución a su alcance.

(44) Estudios empíricos sobre su tamaño en Estados Unidos parecen indicar, además, que las víctimas vienen a percibir solamente la mitad de lo que pagan los causantes, como

Los efectos que comportan las distintas reglas de responsabilidad en cuanto a los costes administrativos que generan (45) pueden resumirse diciendo que, en general, el número de casos tenderá a ser mayor con el sistema de responsabilidad objetiva, pero el coste de cada caso tiende a ser superior en el sistema de responsabilidad por culpa. En conjunto, pues, no sabemos a priori qué sistema será mejor con carácter general.

Pero si hasta ahora nos hemos referido a los efectos de las distintas reglas en la cuantía de los costes administrativos, la presencia de costes administrativos sustanciales tiene, por su parte, sus propias implicaciones. De entrada, si los costes sociales de los accidentes son mayores por la presencia de costes administrativos, entonces el nivel óptimo de cuidado deberá entrañar mayor precaución. Por otra parte, los costes administrativos pueden afectar al uso del sistema de responsabilidad induciendo un empleo de las reglas de responsabilidad no óptimo y un número de reclamaciones que resulte excesivo o que, por el contrario, sea insuficiente respecto a las socialmente óptimas. Ello es debido a la posible disparidad entre los incentivos privado a formular pretensiones (46) y la deseabilidad social de éstas, y pueden acarrear la adopción de subsidios, impuestos o prohibiciones para evitar tal disparidad.

Una vez expuestas las formulaciones teóricas del análisis económico de los accidentes, es turno ya de aplicar el modelo a las reglas efectivas en el sistema español.

V. LA REGLA DE NO RESPONSABILIDAD

V.1. La primera regla que realiza la selección de los daños resarcibles es la regla de *no responsabilidad: cualquiera que sea el nivel de cuidado del causante, la víctima arrostrará el coste del accidente*. La no responsabilidad puede ser parcial o total, según afecte a una parte o la totalidad del daño.

No existe una regla formulada explícitamente en estos términos en el sistema español, ni en ningún otro sistema, que sepamos. Sin embargo, los resultados de esta regla se pueden conseguir en los distintos sistemas a través de diversas doctrinas y principios.

V.1.1. En primer lugar, a través de la exigencia de tipicidad en los hechos que dan lugar al resarcimiento de las víctimas. Esto es lo que ocurre con los sistemas que se llaman de *ilícito típico*, como es el sistema angloamericano, en el que históricamente vienen formándose modelos concretos de hecho ilícito («torts») en los cuales debe encajar el hecho efectivamente producido para que el causante del daño se vea obligado

consecuencia de estos costes administrativos. Véanse las referencias citadas en Shavell, *Economic...*, cit., p. 262 nota 2.

(45) Véase POLINSKY *Introducción...*, pp. 65-66.

(46) A hacer uso del sistema de responsabilidad civil, en definitiva.

a repararlo. Si no es subsumible en alguno de los tipos acuñados, el causante no es responsable, con independencia del daño causado y su grado de precaución (47).

Algo semejante ocurre en el derecho alemán en el que sólo dan lugar a responsabilidad del causante las violaciones de determinados bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad y otros derechos subjetivos, pero siempre que éstos sean de carácter absoluto (48).

Sin duda el carácter típico de ambos sistemas no es total, e incluso va debilitándose. Así, el sistema angloamericano, por su carácter no estático, va creando nuevos modelos típicos de daño resarcible (49) junto al hecho destacado de la constante expansión del «tort of negligence» que amenaza con llegar a convertirse casi en cláusula general de responsabilidad (50).

En el sistema alemán, los Tribunales han atribuido un significado progresivamente amplio a los supuestos de bienes jurídicos tutelados en el párrafo 823 I BGB, en particular al «sonstiges Recht», creando verdaderos nuevos derechos absolutos como el «Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb» (51).

Sin embargo, la tendencia a excluir la resarcibilidad en algunos supuestos atípicos estableciendo, por tanto, una verdadera regla de no responsabilidad, se mantiene. Ese es el caso, por ejemplo, de las llamadas «pérdidas económicas puras» («purely economic losses») cuyo más claro ejemplo son los «cable cases»: se destruye o deteriora un suministro de energía por un extraño, que determina la inactividad y consiguiente pérdida de beneficios de las empresas que se abastecían de aquél. (52).

(47) WILLIAMS: «The Foundation of Tortious Liability», en *7 Camb. L.J.*, 1938, p. 115; SALMOND y HEUSTON *On the Law of Torts*, 18ª ed., München, 1986, p. 10.

(48) Como dice VON CAEMMERER «Wandlungen des Deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968, p. 454, en el sistema alemán no se prevé, fuera de los supuestos concretos del par. 823 I, una general responsabilidad por culpa, pues el par. 826 exige un acto intencional o doloso. *Vid.*, también MEDICUS *Schuldrecht II. Resonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987, p. 332; ID. *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., München, 1986, p. 10.

(49) FLEMING *The Law of Torts*, *cit.*, p. 6; PROSSER y KEETON, *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984, p. 4.

(50) BESSONE «Responsabilità per “negligence” e teoria dell’illecito (del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 549. (51) MEDICUS *Schuldrecht...*, *cit.*, p. 535; FABRICIUS «Zur Dogmatik des Sontigen Rechts gemäß par. 823 I BGE» en *AcP*, 1961, p. 273; MARKESINIS *The German Law of Torts*, Oxford, 1986, p. 33.

(52) Sobre el sistema angloamericano, véase, por ejemplo, *Electrachrome v. Welsh Plastics*, *Spartan Steel v. Martin and Co.*, o *Beck v. FMC Co. and Niagara Mohawk Power Co.* En el alemán BGHZ 29, 65; BGHZ 66, 388; todas ellas en sentido negativo a la resarcibilidad. *Vid.* sobre el problema ATIYAH «negligence and Economic Loss 83 *L.Q.R.*, 1967, p. 248; FLEMING *The Law... cit.*, p. 162; FELDTHUSEN *Economic Negligence*, Toronto, 1984, p. 25 MARKESINIS, *op. cit.*, p. 125; HAGEN «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en *J.Z.*, (1979), p. 53. Por contra, en un sistema atípico como el italiano, un supuesto idéntico recibió una respuesta muy distinta: es el famoso caso «Puddu» Cass. sz. un. 24 giugno 1972 n. 2135. Sobre esta decisión *Vid.* VISINTINI «Ancora sulla lesione del crédito ad oper di terzi» en *Giur. it.*, 1973, 1C. p. 1125; CAFERRA «I limiti del danno

No encontramos, sin embargo, en el sistema español una regla de no responsabilidad implícita en una construcción de ilícitos típicos como los vistos, porque tenemos un sistema abierto, de cláusula general, en el que no se rechaza «a priori» la resarcibilidad de ningún daño (53).

V.2.1. Pero existen otras construcciones jurídicas que pueden comportar una regla de no responsabilidad por ciertos daños.

Así, a través de la exclusión de un cierto tipo de daños de la esfera del daño resarcible. En los sistemas alemán e italiano se prohíbe el resarcimiento por daños no patrimoniales, salvo en los casos en que expresamente se determine por la Ley (par. 253 BGB, art. 2059 Codice civile, respectivamente) (54). En el sistema español, por contra, *los daños no patrimoniales, son indemnizables*, como proclaman múltiples sentencias: 22 de abril de 1983, 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 10 de diciembre de 1986, 20 de abril de 1982 (Sala 2.^a), 23 de diciembre de 1985 (55). Se han considerado daños indemnizables los derivados de la pérdida de la compañía en el orden efectivo y educativo de padre y hermano muertos en accidente de automóvil (Sentencia de 29 de diciembre de 1986); los derivados del impacto psíquico que ha producido la pérdida de la propia vivienda (Sentencia de 25 de junio de 1984) (56) los derivados a la esposa por la pérdida de las relaciones afectivas que supone la inapetencia sexual de su marido producida por las graves lesiones que éste sufrió en un accidente laboral (Sentencia de 9 de febrero de 1988) (57).

risarcibile nella tutela aquiliuma del credito» en *Foro it.*, 1973, I, p. 100; FERANDO «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 333. El tema de los «purely economic or financial losses», ha sido objeto de una ya amplia literatura económica, centrada en las coincidencias y discordias entre «economic loss» y «social losses»: BISHOP «Economic loss: A Reply to Professor Rizzo», vi. p. 207; RIZZO «The Economic Loss Problems: a Comment on Bishop», *ivi.* p. 197; ID. «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982, p. 281; BISHOP y SUTTON «Efficiency and Justice in Torts Damages. The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.*, 1986, p. 374; SHAVELL *Economic Analysis...*, *cit.*, p. 135.

(53) En general sobre los sistemas de ilícito atípico, ALPA y BESSONE *Atipicità...*, *cit.*

(54) Las más importantes excepciones se prevén en los par. 847 BGB y art. 185 Codice penale, respectivamente. Es indiscutible que esta limitación ha sido contestada (en Italia, incluso se planteó la constitucionalidad del artículo 2059, cuestión resuelta negativamente por el Tribunal Constitucional italiano en sentencia de 26 de julio de 1979), y la jurisprudencia ha moderado en cierto modo, pero no por completo, la rigidez de aquella. *Vid.*, sobre todo ello LANGE *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, p. 256; DONALDSON «Zum Problem der sicheren Bemessung des schmerzensgeldes. ACP, 1966, p. 462; ALPA e BESSONE *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 423; BONILINI. «Il danno non patrimoniale», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 205.

(55) No es posible detenerse ahora sobre la equivalencia de daño no patrimonial y daño moral (que es el término utilizado por el Tribunal Supremo) *Vid.*, las consideraciones de la sentencia de 25 de junio de 1984.

(56) *Vid.*, sobre casos similares en el derecho angloamericano. FLEMING *The Law...*, *cit.* p. 255.

(57) No es frecuente en otros ordenamientos conceder la resarcibilidad del daño moral a terceros cuando la víctima no ha fallecido; ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 424; VISINTINI *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987, p. 71, para Italia; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 537, para Alemania; VINEY y MARKESINIS *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985,

V.2.2. El sistema de responsabilidad civil español *tiende* pues, *hacia la equiparación del ámbito del daño resarcible con el concepto económico de daño* (esto es, *alteración negativa de la función de bienestar de un sujeto*).

Esta equiparación es positiva, en principio. Si se excluyen «per se» ciertos daños, por ejemplo en los accidentes unilaterales, el causante se verá motivado a adoptar menos precauciones de las óptimas; en los accidentes bilaterales, el causante adoptará también un nivel de cuidado subóptimo, lo que motivará a la víctima a adoptar un ineficiente grado de precaución. Ineficiente por exceso, si las precauciones de la víctima son sustitutivas de las del causante, o por defecto, en el supuesto contrario. Estos efectos disfuncionales serán tanto mayores cuanto sea la proporción de los daños excluidos respecto a los daños globales por accidente (58).

Es preciso señalar, sin embargo, que cuando algunos daños son difíciles de calcular tanto por los sujetos como por los tribunales (y los daños no patrimoniales son el paradigma de ellos), una actitud excesivamente generosa de los jueces, puede determinar una sobreestimación de los daños reales y por tanto inducir un exceso de precaución. Como señalan Landes y Posner, cuanto más difícil es establecer con precisión la responsabilidad, mayor debe ser la contribución de ésta al nivel óptimo de cuidado para hacerla deseable (59).

V.3. No obstante todo ello, en el sistema español *si existen algunas vías para poder establecer una regla de no responsabilidad (siquiera sea parcial)*.

V.3.1. La primera de ellas es la de la cuantificación de los daños. Si se realiza sistemáticamente una subestimación en el «quantum» de los daños, se producen los mismos efectos que vimos en cuanto a la exclusión parcial de algunos de ellos.

La determinación de la cuantía de los daños es, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, materia en la cual los Tribunales de Instancia son soberanos (Sentencias de 10 de junio de 1981, 25 de noviembre de 1981, 17 y 20 de mayo de 1982, 7 de febrero y 22 de abril de 1983, 15 de julio y 25 de octubre de 1986, 8 de mayo de 1987, 28 de enero de 1988). Por desgracia, no nos es posible ofrecer un estudio esta-

p. 91, para Francia e Inglaterra. Solo en Francia parece, tras no pocas resistencias, predominar la tesis opuesta; VINEY y MARKESINIS, *op. cit.*, p. 92.

(58) Por eso el daño moral se suele considerar resarcible en aquellos tipos de accidentes en que sin duda constituye un componente importante, como el que produce la muerte o la lesión corporal de una persona. Sobre los legitimados y el alcance de la legitimación en este tipo de accidentes en los distintos sistemas: VISINTINI, *I fatti illeciti*, *cit.*, p. 71; GALGANO *Le mobili frontiere del danno ingiusto* en *1 Contratto e impresa*, 1985, p. 2 (sobre la evolución reciente en relación a los legitimados no parientes); MARKESINIS, *op. cit.*, p. 536; LE TOURNEAU *La responsabilità civile*, 3.^a, 1982, p. 177; VINEY y MARKESINIS, *ob. cit.*, p. 72; PROSSER, *op. cit.*, p. 949.

(59) LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en *12 J. Legal Stud.*, 1983, p. 127.

dístico sobre la determinación, de aquéllos por los Tribunales, aunque da la impresión de que la valoración judicial se va haciendo cada vez más generosa aun teniendo en cuenta el descuento por inflación (60). Sin embargo, hay algunos obvios casos de subestimación de la cuantía de los daños, en supuestos de establecimiento de un tope cuantitativo a la responsabilidad por ciertos tipos de accidentes: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece un límite de ;500 millones de pesetas! para la responsabilidad del fabricante (frente a los 70 millones de ECU, más de 9.600 millones de Ptas. de tope, que establece la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985; la Ley de Navegación aérea de 21 de julio de 1960 establece una limitación de responsabilidad del transportista aéreo de ;3,5 millones de Ptas.! por muerte o incapacidad total o permanente y de; ;1 millón de Ptas.! por incapacidad parcial y temporal.

Ambas reglas constituyen una abierta infravaloración de los daños que equivalen a una verdadera regla parcial de no responsabilidad, que reduce los incentivos para disminuir el riesgo.

V.3.2. Otra vía seguida en el sistema español es la que se apoya en el principio de la certeza y efectividad del perjuicio como condición para ser los daños resarcidos (Sentencia de 6 de junio de 1968, 12 de diciembre de 1979, 25 de junio de 1983, 29 de septiembre de 1986). En su virtud, se deniega la responsabilidad por los daños cuya realidad y certeza no se demuestra por la víctima; por ejemplo, se ha denegado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo la responsabilidad de los causantes de un accidente por los daños sufridos por los empleadores de las víctimas, que durante el periodo de la incapacidad de éstas para el trabajo han satisfecho sus retribuciones y salarios. En particular, el problema se ha planteado en relación al Estado y a algunos de sus funcionarios (guardias civiles, carteros, etc.), lesionados en accidentes de tráfico. Se ha dicho que el hecho de haber pagado la retribución sin contraprestación no hace que sea un daño, dado que no produjo (o al menos no se demostró) un objetivo menoscabo en el servicio público ni un aumento del gasto sobre los normales (por ejemplo por tener que pagar un sustituto): Sentencia de 14 de febrero de 1980, 14 de abril de 1981, 25 de junio de 1983, 24 de septiembre de 1986 (61).

(60) *Vid.*, la sentencia del juez n.º 2 de Ibiza de 26 de septiembre de 1987, que estableció una indemnización de 129.999.990 pesetas, recogida en DE ANGEL, *op. cit.*, p. 238.

(61) Por el contrario la Sala 2.^a viene reconociendo la resarcibilidad frente al Estado: 13 de mayo de 1975, 20 de septiembre de 1982, 13 de diciembre de 1983. También lo hizo inicialmente la Sala 1.^a; Sentencia de 24 de abril de 1979. La S. de 29 de abril de 1985, no impidió el resarcimiento de un daño similar, pero fue simplemente porque la sentencia de la Audiencia fue recurrida sólo alegando la ausencia de culpa. En otros sistemas, la solución es opuesta a la de la Sala 1.^a; en Alemania, *Vid.* VON CAEMMERER «Wandlungen...» *cit.*, LANGE, *op. cit.*, p. 329; en Italia el problema ha suscitado un amplio debate, pero ha prevalecido la solución positiva de la jurisprudencia (*Vid.* por todas Cass. 28 de agosto 1985 n.º 4550) y en la literatura (CASTRONOVO «Inattuazione della prestazione di lavoro e reponsabilità del terzo danneggiante» en *Mass. Giur Lav.*, 1981, p. 370.

Como, al mismo tiempo, tampoco la víctima es resarcida por la retribución dejada de obtener —dado que su coste lo ha asumido el Estado— por no haber sufrido realmente ese daño (Sentencia de 31 de mayo de 1985), se da *realmente una regla de no responsabilidad por el valor de la retribución del trabajador, de la víctima del accidente*. Hay, pues, un coste aparente derivado del accidente y un verdadero coste social, que excluye la pérdida del producto del trabajo de la víctima valorada por su retribución, que no va a ser asumido por el causante, sino por un sujeto que nada puede hacer para reducir el riesgo de ese accidente: el empleador.

V.3.3. La tercera vía para establecer una regla de no responsabilidad es la de las *nociones causales*. Hay que aclarar que no todo empleo de conceptos causales lleva consigo la no responsabilidad. Sin embargo, discutiremos brevemente el significado en términos económicos de algunas nociones jurídicas relacionadas con la causalidad. El modelo económico de la precaución dibujado en apartados anteriores, presupone que un daño accidental es producido por el causante, si se trata de aquellos cuyo coste esperado se reduce por efecto de las precauciones (62) que pueda adoptar aquél (63). No se consideran, pues, relevantes a estos efectos, aquellos daños cuyo coste esperado, según el nivel de información en el que operan los sujetos (comprendiendo aquí los Tribunales), no se ve afectado por el nivel de precaución del causante (64).

Esta exclusión vendría a coincidir en parte con la que hace el sistema jurídico sobre la base de la noción de previsibilidad, aunque el uso de esta noción por el sistema español es bastante confuso. Por una parte, se considera un elemento de la culpa extracontractual (Sentencia 12 de mayo de 1969, 17 de marzo de 1981, 11 de mayo de 1983, 20 de diciembre de 1982, 14 de junio de 1985, 1 de diciembre de 1987); (65) por otro, se entiende que lo imprevisible constituye caso fortuito que elimina el nexo causal entre la conducta y el daño (Sentencia de 18 de noviembre de 1980, 11 de noviembre de 1980, 1 de julio de 1983, 8 de junio de 1984, 8 de mayo de 1986).

Además, una noción tan imprecisa como la de la previsibilidad resulta muy poco operativa si no se concreta el nivel de información sobre la base del cual se considera o no previsible un daño accidental, y ello no parece fácil (66). Quizá por esto el Tribunal Supremo ha considerado

(62) 0 niveles de actividad cuando éstos son relevantes.

(63) Es básicamente el concepto de «causal linkage» que construye CALABRESI «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U Chi. L. Rev.*, 1975, p. 71, *Vid.*, también GRADY, *ob. cit.*, p. 805.

(64) LANDES y POSNER: «Causation...», *cit.*, p. 110; BORGO «Causal Paradigms in Torts Law», en 8 *J. Legal Stud.*, 1979, p. 453.

(65) De idéntica opinión es la doctrina: *vid.*, por todas, SANTOS BRIZ *La responsabilidad civil*, 4.ª ed., Madrid, 1986, p. 193.

(66) La amplitud y labilidad de la previsibilidad la resaltan sentencias como las de 9 de noviembre de 1949 y 18 de noviembre de 1980 y autores como PROSSER y KEETON, *ob. cit.*, p. 297 y LINDEN *ob. cit.*, p. 353.

como previsibles accidentes altamente improbables: por ejemplo, cuando un cable de un andamio a 17 metros de altura resulta cogido por la puerta de un motocarro, tras lo cual el andamio cayó y murió el obrero que sobre él trabajaba (Sentencia de 25 de abril de 1983). Mientras que ha entendido como imprevisibles, dentro de un cálculo del curso normal de los acontecimientos, otros casos menos improbables, como el de una operación de amígdalas con anestesia general y posterior paro cardíaco con parálisis cerebral y tetraplejia en un niño (Sentencia de 13 de julio de 1987), o la rotura de un depósito de residuos de galena de una mina que anegó el Cementerio Municipal y produjo la muerte a un conserje (donde se consideró imprevisible la violencia de la lluvia que hizo desbordar el depósito, no que el desbordamiento provocara el fallecimiento de una persona) (67).

Imponer la resarcibilidad de los daños imprevisibles, tal como han sido conceptuados al principio, no produce efectos positivos apreciables en la precaución del causante, dado que éste lo ignorará por definición al decidir su nivel de precaución. Tampoco tiene por qué producir efectos perniciosos, salvo en el caso de que se aplique la regla de responsabilidad objetiva. Sus posibles ventajas en lo concerniente a la compensación se ven contrapesadas por el aumento de los costes administrativos que ocasiona (aumento de la litigiosidad) (68).

Por ello, según la teoría, no harían falta nociones causales ulteriores para poder afirmar la responsabilidad. Si se introducen, el resultado es equivalente al de una regla de no responsabilidad.

Sin embargo, nuestro sistema de responsabilidad civil no se conforma con excluir los daños accidentales imprevisibles —en el sentido eludido—, sino que impone la no responsabilidad, aun por daños previsibles en abstracto, por aquellos daños accidentales que en concreto se hubieran producido sin la acción u omisión del causante. De manera que exige que la acción u omisión del causante haya sido «conditio sie qua non» del daño accidental, de tal forma que sin ella no se hubiera producido: Sentencia de 1969, 28 de febrero de 1975, 12 de julio de 1984, 23 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987 y 17 de diciembre de 1988. Según esta última, el daño ha de ser precisamente consecuencia de la negligencia, para que haya conexión causal.

Pero, aún más, el Tribunal Supremo ha entendido en algunas ocasiones que no basta que la conducta del causante sea condición necesaria del daño, sino que es preciso que aumente la probabilidad de su producción; esto es, impuso una regla de no responsabilidad para aquellos daños accidentales, cuando la conducta del causante, si bien causa necé-

(67) En realidad, la decisión de no resarcibilidad era correcta: en el primer caso concreto, por la ausencia de negligencia en los médicos y en el segundo, porque, dada la violencia de la lluvia, la rotura se hubiera producido cualquiera que hubiera sido el espesor o altura de las paredes del depósito. Pero no, aparentemente, por la imprevisibilidad.

(68) No coincide la noción aquí utilizada con la de daño inusual o de baja probabilidad, de SHAVELL *Economic Analysis...*, cit., p. 128.

saria, no influye en el riesgo de producción del accidente (69); Sentencias de 22 de febrero de 1946 y 29 de octubre de 1987 (70).

Imponer responsabilidad en estos casos no afectaría a la precaución a adoptar por el causante, dado que el coste esperado del accidente no se ve alterado en realidad por la conducta de aquél.

Otra regla de no responsabilidad fundada en nociones causales es la que exonera de responsabilidad al causante cuando media «*culpa exclusiva de la víctima*». Según el Tribunal Supremo la presencia de dicha culpa exclusiva de la víctima constituye la causa única del accidente y tiene virtualidad suficiente para romper el nexo causal: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 5 de abril de 1984, 21 de junio de 1985, 18 de abril de 1985, 7 de diciembre de 1987. Ahora bien, así expuesta esta regla, carece de sentido, ya que es obvio que, tanto causante como víctima, son «causas» del accidente —sólo hay accidentes donde hay 2 usos incompatibles de recursos, dice Coase (71)—, y no puede ser causa sólo uno de ellos. Lo que ocurre en la mayoría de los supuestos de no responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima que se considera ordinariamente por los Tribunales es que, a) bien la falta de precauciones, si la hubiera, no influía en la probabilidad del accidente; b) bien se aplica la regla de responsabilidad por culpa; y no concurriendo culpa en el causante, no se retuvo a éste responsable: Sentencias de 31 de mayo de 1983, 12 de diciembre de 1984, 18 de abril de 1985, 21 de noviembre de 1985 y 27 de mayo de 1966 (72). Pero el Tribunal Supremo prefirió considerar estos casos empleando la idea de «culpa exclusiva de la víctima» en el sentido criticado. Y, sin embargo, si, parece posible ofrecer una noción más formal y adecuada en cuanto a supuesto límite de la compensación de culpas. A ella haremos referencia en la sección VII.

(69) Sin duda esta regla se relaciona con la teoría de la causalidad adecuada, a la que el Tribunal Supremo, a menudo, parece acogerse nominalmente: Sentencia de 13 de julio y 29 de octubre de 1987 y 25 de noviembre de 1988. En general, sobre la causalidad adecuada, *vid.* VON CAEMMERER, «Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I*, *cit.*, p. 395; HUBER «Normzwecktheorie und Adaquanztheorie», en *J.Z.*, 1969, p. 677; LANGE, *op. cit.*, p. 57; HART y HONORE *Causation in the Law*, 2.^a ed. Oxford, 1985, p. 465.

(70) En la primera sentencia citada, la acción ilícita del causante —una empresa que hacía trabajar a sus empleados en día no laborable— no influye en el riesgo de que explote un polvorin vecino lesionando a los trabajadores. En la segunda, la conducta negligente —transportar en un vehículo mayor número de personas de las autorizadas— no influye en el riesgo de las lesiones a los pasajeros al ser embestidos por otro vehículo. En realidad, en este último caso, la acción negligente no influye en la probabilidad, pero sí en la gravedad del daño (cuantas más personas en el vehículo, mayor será el daño al sufrir un accidente).

(71) COASE: «The Problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.*, 1960, p. 11.

(72) Se discute, sin embargo, el siguiente caso: un niño queda atrapado y muere al salir por una trampilla de un ascensor en un portal sin vigilancia: la existencia de la trampilla y la omisión de vigilancia son «causa» del accidente («conditio sine qua non» que, además, influye en la probabilidad del accidente); pero no hay negligencia, se dice, por que no se justifica el coste de mantener un vigilante día y noche para evitar los accidentes ocasionables al abrir la trampilla del ascensor.

VI. LA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

VI.1. La segunda forma de selección de los daños resarcibles es la regla de *responsabilidad por culpa*. Esta regla establece que *El causante será responsable, y asumirá por tanto el coste del accidente, si, y sólo si, su nivel de precaución o cuidado es inferior a un determinado nivel que las normas o los Tribunales consideran debido o exigible*. Esta regla se considera —al menos formalmente así lo considera el Tribunal Supremo— como la regla básica, prevalente sobre la responsabilidad objetiva: Sentencias de 10 de junio de 1981, 16 de octubre de 1981, 27 de mayo y 4 de octubre de 1982, 25 de abril, 6 y 16 de mayo de 1983, 20 de junio y 12 de diciembre de 1984, 18 de febrero, 10 de julio y 1 de septiembre de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de noviembre de 1987 (73). Como los tribunales, con nuestros supuestos, pueden determinar el nivel de cuidado óptimo, pueden considerar éste como el nivel de precaución debido, por debajo del cual el causante es negligente, es culpable y por ende responsable.

Si proceden así, ¿qué incentivos se están creando para la adopción de ese nivel óptimo de cuidado? Si el causante no alcanza ese nivel óptimo, cargará con todo el coste: si alcanzara justo dicho nivel, no responde de nada; si lo sobrepasa, tampoco responde, pero incurrirá en un coste de precaución adicional innecesario. Por tanto, la responsabilidad por culpa, si el nivel de cuidado debido se hace coincidir con el óptimo para el causante, incentiva a éste a adoptarlo. En cuanto a la víctima, también adoptará su nivel óptimo, por cuanto que, dado que el causante lo hace, habrá de soportar el coste esperado del accidente; y minimiza sus costes (coste del accidente + coste de prevención), precisamente en el nivel de precaución óptimo (que suponemos conoce).

El Tribunal Supremo traduce la primacía del principio de la culpa en la necesidad de calificar jurídicamente la conducta de hecho del causante (Sentencia de 31 de mayo de 1981, 23 de marzo, 7 de febrero, 22 de marzo y 13 de diciembre de 1983, 14 de junio de 1984), con el fin de determinar si éste es culpable o negligente: lo será si su comportamiento no se ajusta al standard de diligencia que le era exigible; no lo será si su comportamiento se acomoda al mismo; Sentencia de 12 de julio de 1984, 29 de abril de 1985, 16 de mayo de 1986, 23 de octubre de 1986, 22 de abril de 1987.

Pero sabemos que el Tribunal Supremo exige, para que haya culpa del causante, también la previsibilidad del daño usando la diligencia debida. Hemos considerado anteriormente que una de las facetas de la pre-

(73) La misma regla parece dominar como regla general —susceptible de numerosas excepciones— el ámbito de los daños accidentales en otros sistemas: en Alemania *MEDICUS Schuldrecht...*, cit., p. 335; ZEUNER «Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens in Zivilrecht» en JZ, 1966, p. 5; en Francia, LE TOURNEAU, *op. cit.*; en Italia, ALPA y BESSONE *I fatti illeciti*, cit., p. 289; en los países anglosajones, FLEMING, *the Law of Torts*, cit., p. 97, 301 y PROSSER y KEETON, o.c.

visibilidad puede explicarse en términos de la amplia noción causal del análisis económico de los accidentes. Ahora podemos tratar de explicar de forma más completa la previsibilidad, en el sentido de que el nivel de diligencia debido (que suponemos es el óptimo), incorpora no sólo la precaución adoptada para la reducción de la probabilidad del accidente, sino también la adquisición por el causante de información que permita reducir aquélla.

Usando la ordinaria diligencia, será previsible aquél accidente en el que el coste de adquisición e información sea inferior al beneficio que proporciona en términos de reducción de los costes del accidente. En definitiva, se considerará culpable —y por tanto, responsable del accidente— al causante si no alcanza un nivel de información y un nivel de precauciones cuyos costes son excedidos por sus ventajas en la disminución del coste esperado del accidente.

VI.2. Ahora bien, *la eficiencia de la regla de responsabilidad por culpa está condicionada a que los Tribunales consideren como nivel de diligencia exigible al causante el socialmente óptimo*. Esto no presenta problemas para la teoría propuesta, dado que hemos supuesto que los Tribunales conocen los datos que permiten determinar el nivel socialmente óptimo (74).

Lo que procede entonces preguntarse es si esta interpretación económica de la culpa proporciona una cierta explicación razonable de la aplicación efectiva de las reglas de responsabilidad. Parece obvio que los Tribunales no utilizan la terminología del análisis coste-beneficio en la determinación de la diligencia debida. Sin embargo esto no es relevante. No tienen por qué hacerlo: existe una terminología jurídica acuñada y no hay ninguna razón para abandonarla, si se utiliza de forma correcta y consciente de su sentido e implicaciones.

Muy grave sería, no obstante, el hecho de que los Tribunales pretendiesen determinar los grados de diligencia debida de acuerdo a criterios éticos: la diligencia tendría como límite lo que no es éticamente exigible. Sin embargo, la idea standard de diligencia como criterio ético es un contrasentido. ¿Por qué? Simplemente, porque todo standard comporta una componente mayor o menor de objetividad y esto parece ser incompatible con la ética. Como dice Williams «un standard objetivo no es un criterio ético y un standard subjetivo en una contradicción en sus términos (75).

(74) Como se dijo en las secciones III y IV, el grado de realismo o irrealismo de los supuestos es variable, según los casos, y, por supuesto, cuestión discutible. Sin embargo, no es esto lo más importante; lo decisivo es, por un lado, si la teoría es consistente con sus supuestos —creemos que lo es; y por otro, si es útil en su relación con la realidad, esto es, si nos permite explicar y predecir de cierta manera (no total y no perfecta) el comportamiento real de ciertos sujetos, lo cual puede ayudarnos a comprender el funcionamiento real del sistema jurídico y sus consecuencias sociales. *Vid.*, las consideraciones sobre la aproximación al derecho y a la responsabilidad civil a través de modelos económicos, de VELJANOVSKI, *ob. cit.*, p. 125.

(75) WILLIAMS: «The Aims...», *cit.*, p. 160.

Evidentemente, no pretendemos que los Tribunales tengan real y explícitamente como objetivo la maximización del bienestar social, ni el incentivo de las conductas socialmente deseables; ni que realicen en la práctica refinados análisis de costes y beneficios marginales. Pero sí es cierto que en muchos casos los Tribunales, a la hora de aplicar la regla de la culpa, han comparado, siquiera sea implícita y muy someramente, lo costoso y gravoso del cuidado a adoptar por el causante y la probabilidad del accidente según ese cuidado. Por ejemplo, las omisiones de vigilancia en las Sentencias de 14 de junio de 1984 y 27 de mayo de 1986 fueron consideradas, respectivamente, negligente y no negligente. En el primer caso se trataba de una piscina, en la que una niña murió ahogada. En el segundo, un portal en cuyo ascensor un niño murió atrapado al tratar de salir por una trampilla al hueco de aquél.

Se ha considerado negligente no apuntalar un edificio antiguo ni consultar con los servicios técnicos municipales sobre el particular, cuando se estaba derribando el colindante y ya habían avisado los ocupantes del edificio del peligro y de la convivencia de aquellas medidas (Sentencia de 19 de diciembre de 1987); igualmente, el no poner de manifiesto el carácter inflamable de las materias almacenadas, permitiendo que en el interior del almacén unos operarios decidieron utilizar un soplete eléctrico (Sentencia de 1 de diciembre de 1987); lo mismo, la falta de vigilancia del cumplimiento de las correctas medidas de cuidado ya adoptadas en el desmontaje de una instalación de hornos de alta tensión, operación de gran riesgo para los trabajadores que intervinieron en ella (Sentencia de 2 de noviembre de 1987); no proporcionar casco o cinturón de seguridad a un trabajador que iba a instalar una marquesina a cierta altura (Sentencia de 18 de marzo de 1986); no vigilar la proximidad de ciertos edificios a los tendidos de alta tensión, cuando éste es un factor de alto índice de riesgo y fácil creación de peligro (Sentencia de 24 de enero de 1986); no separar suficientemente de los edificios vecinos un cobertizo lleno de madera, no adoptar ninguna medida de vigilancia del mismo (Sentencia de 23 de enero de 1986); no solicitar los planos de la red telefónica antes de realizar obras de pavimentación con excavadoras en el interior de una población (Sentencia de 19 de febrero de 1985). Se puede hablar con razón en estos casos de exigencia de una diligencia «posible y socialmente adecuada»: Sentencia de julio de 1983.

No pretendemos con ello, sin embargo, ofrecer una comprobación empírica de la teoría económica de la culpa, porque muchas otras Sentencias podrían citarse como contradictorias; la de 20 de diciembre de 1982, por poner un ejemplo patente; simplemente, que los resultados que ofrece el análisis económico de la responsabilidad civil son consistentes con la realidad y permiten cuando menos una aproximación ilustrativa a la misma.

Vamos a examinar a continuación algunas de las doctrinas con las cuales el sistema español de la responsabilidad civil ha tratado de paliar la rigidez de la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa.

VI.3. La primera de ellas es la *inversión de la carga de la prueba o presunción «iuris tantum» de culpa en el causante*, recogida en innumerables sentencias: Sentencia de 21 de junio, 13 de mayo y 1 de octubre de 1985; 24 de enero, 31 de enero, 17 de marzo, 2 de abril y 22 de diciembre de 1986; 20 de marzo, 22 de abril, 27 de junio, 17 de julio de 1987, y 8 de julio de 1988 (76). Por excepción, no opera esta inversión en algunos ámbitos específicos, como el de la responsabilidad médica (Sentencia de 12 de julio de 1988).

Una vez establecido que un daño ha sido causado por el causante, habrá de ser éste el que pruebe que alcanzó el nivel de diligencia debida; si no lo prueba se estimará que fue negligente y deberá por tanto responder del daño.

En otros sistemas no existe una regla de inversión de la carga de la prueba tan amplia. Así, en el derecho angloamericano, la regla general es la de que la víctima ha de probar la negligencia, salvo que el accidente sea de tal clase que, según la normal experiencia, dé lugar a una inferencia inmediata de la negligencia del causante, en cuyo caso se presumirá ésta (regla «Res Ipsa Loquitur») (77). En Francia y Alemania la carga de la prueba de la culpa incumbe a la víctima, salvo en aquellos supuestos en que el criterio legal (artículo 1384 p. 4 y 6 Code Civil, § 831, 832, 833 P. II BGB) o jurisprudencial (§ 823 P. II BGB) invierte la carga de la prueba. En Italia el criterio general es el mismo que en estos últimos sistemas, si bien en algún caso (responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores no emancipados), se discute si hay inversión de la carga de la prueba o verdadera responsabilidad objetiva (78).

Sin embargo, es preciso distinguir entre regla de responsabilidad y carga de la prueba (79). La inversión de la carga de la prueba no desvirtúa por sí misma la regla de responsabilidad por culpa como tal regla. En realidad, en el modelo teórico, con los supuestos que hemos realizado, la inversión es escasamente relevante, dado que los Tribunales pueden siempre determinar si el causante ha sido o no culpable. Y dicha inversión lo que hace es adosar al causante el riesgo de que el tribunal no pueda establecer si el nivel de diligencia del causante alcanza el nivel de diligencia debido, bien porque no pueda conocer el nivel de cuidado

(76) Para un completo examen de la evolución de la jurisprudencia española en materia de prueba de la diligencia, *Vid.* CAVANILLAS MUGICA *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, p. 66.

(77) *Vid.*, PROSSER y KEETON, *ob. cit.*, p. 239 FLEMING, *op. última cit.*, p. 285.

(78) Dado que la prueba liberatoria para los padres es la de haber impartido a los hijos una adecuada educación, y la falta de ésta la deducen los Tribunales en muchos casos de hecho de haber cometido el hijo un acto ilícito: Cass. 16 maggio 1984 n.º 2995. Tampoco resulta clara la configuración de los artículos 2050 y 2051 (ejercicio de actividades peligrosas y la custodia de cosas potencialmente dañosas), entre presunción de culpa —con alcance diverso además— y responsabilidad sin culpa.

(79) CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985, p. 593.

realmente observado, bien —más raramente— porque sea incapaz de establecer un standard de diligencia.

Si ocurre alguno de estos dos hechos, la inversión de la carga de la prueba introduce en la responsabilidad por culpa un componente de responsabilidad objetiva. Componente que será tanto mayor cuanto mayor sea la dificultad que los Tribunales encuentran en comparar ambos niveles de diligencia (el observado y el debido). En aquellos supuestos en que la dificultad sea verdadera imposibilidad, transforma la regla de responsabilidad por culpa en una regla de responsabilidad objetiva.

VI.4. *La compensación de culpas*

VI.4.1. El sistema español de la responsabilidad civil introduce una corrección en la regla de la responsabilidad por culpa, a través de la doctrina llamada *compensación, concurrencia o concurso de culpas* (80). Según esta doctrina, «la interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima concomitante con la del daño hecho, pero sin llegar a la ruptura de la causalidad... determina la moderación de la suma a satisfacer y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización...»: Sentencia de 31 de marzo de 1978; en idéntico sentido, las de 16 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 5 de abril y 15 de diciembre de 1984, 21 de junio, 10 de junio y 28 de octubre de 1985, 23 de septiembre, 17 y 19 de diciembre de 1986, 20 de febrero, 29 de octubre, 7 de diciembre de 1987, 7 y 28 de octubre de 1988.

Esta doctrina no es más que una muestra de la actitud común en todos los sistemas de derecho de accidentes a corregir la aplicación de las reglas generales de responsabilidad —que sólo valoran el comportamiento del causante, aunque el accidente sea bilateral— enjuiciando asimismo la conducta de la víctima, de forma que el resultado de dicha aplicación se ve alterado si la víctima no observa la diligencia a ella exigible (81).

En efecto, la doctrina de la compensación de culpas no modifica el resultado de la regla de la culpa si el causante no es negligente: el causante no responde. Ahora bien, si el causante no alcanza el nivel debido

(80) *Vid.*, las precisiones terminológicas de la Sentencia de 15 de diciembre de 1984.

(81) La otra fórmula fundamental es la «Contributory negligence» del derecho angloamericano, que es una «defence» que determina la total exoneración de responsabilidad del causante cuando la víctima ha participado con su negligencia en la producción del daño. El estudio clásico en la materia es WILLIAMS *Joint Torts and contributory Negligence*, London, 1951. Sin embargo, la compensación de culpas se ha impuesto en Gran Bretaña por el Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945; lo mismo ha ocurrido en Estados Unidos, por acción legislativa o judicial, según los estados (sólo trece estados y el Distrito de Columbia mantiene la regla tradicional), si bien en algunos casos la «Contributory negligence» se mantiene si la culpa de la víctima supera a la del causante. En Alemania (par. 254. II BGB), Italia (art. 1.227 Codice civile) y en Francia (Le Tourneau, *op. cit.*, p. 259), la regla es la compensación de culpas cuando hay negligencia por ambas partes.

de cuidado, la regla de la culpa le endosaría el entero coste del accidente. Con la compensación de culpas, este resultado varía si la víctima es asimismo negligente; el causante deberá cargar sólo con una parte del coste, mientras que la víctima asumirá la parte restante. La fracción correspondiente a cada una viene determinada de diferente modo, según veremos, por una valoración de las culpas de ambos.

¿Incentiva esta corrección de la regla de la culpa la adopción de los sujetos del nivel óptimo de diligencia? (82). Puede parecer que la compensación de culpas presenta inconvenientes en un doble frente: de un lado, frente a la regla de la culpa, tendería a reducir los incentivos al cuidado del causante al disminuir el coste que éste ha de afrontar si la víctima es culpable; de otro, frente a la regla de la «contributory negligence»; no promovería suficientemente el cuidado de la víctima al no eliminar completamente la responsabilidad del causante, sino reducirla a una cierta porción del coste.

Sin embargo, se puede demostrar que la culpa con compensación produce, en el ámbito del modelo simplificado diseñado y sus supuestos, los mismos óptimos resultados que la regla de la culpa, y que la culpa con «contributory negligence».

Un resultado no óptimo podía producirse en dos situaciones distintas: 1) cuando uno de los sujetos alcanza el nivel de cuidado óptimo y no el otro; 2) cuando ambos sujetos son negligentes. Pues bien, es posible probar como ninguna de estas dos situaciones puede darse en equilibrio bajo la regla de la compensación, y por tanto la única opción que resta es la del cuidado óptimo de ambos.

1) Supongamos que la víctima adopta el nivel óptimo de cuidado; dado este nivel, el causante adoptará también el nivel óptimo pues de lo contrario pechará él con el entero del coste del accidente. Supongamos que es el causante el que adopta el nivel óptimo; dado este nivel, la víctima, adoptará asimismo el cuidado óptimo por la misma razón por la que lo adopta bajo la regla de culpa; ya que el causante no asume nada del coste del accidente, la víctima minimizará los costes de precaución y costes del accidente adoptando el nivel óptimo de cuidado, que hemos convenido será el nivel exigible.

2) Supongamos ahora que ambas partes son negligentes. La compensación de culpas determina que en este caso cada una asumirá una fracción del daño.

Llamaremos a la fracción de la víctima, a ; la del causante será pues $(1-a)$, siendo $0 < a < 1$.

(82) La literatura económica sobre la compensación de culpas es ya amplia: SCHWARTZ «Contributory and Compative Negligence: A reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978, p. 697; LANDES y POSNER «Joint and Multiple Tortfeasors: And Economic Analysis», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 517; HADDOCK y CURRAN «An Economic Theory of Comparative Negligence», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985, p. 49; REA «The Economics of Comparative Negligence» en 17 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 1987, p. 149; RUBIENFELD «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud.*, 1987, p. 375.

Llamaremos V^{op} al nivel óptimo de cuidado de la víctima y C^{op} al del causante.

Sea V^{nop} un nivel negligente de cuidado de la víctima y C^{nop} un nivel negligente de cuidado del causante.

Llamaremos $c(V^{op})$, $c(C^{op})$, $c(V^{nop})$, y $c(C^{nop})$, a los respectivos costes de los distintos niveles de cuidado.

Llamaremos $P(V^{nop}, C^{nop})$, a la probabilidad del accidente con esos niveles negligentes de cuidado. Sea D el daño total derivado del accidente.

Para que la víctima se vea incentivada a ser negligente es preciso que sus costes en el nivel negligente sean inferiores a sus costes en el nivel óptimo: $a \times P(V^{nop}) \times D + c(V^{nop}) < c(V^{op})$.

Idéntica condición es precisa para que el causante sea negligente: $(1-a) \times P(C^{nop}) \times D + c(C^{nop}) < c(C^{op})$.

Para que ambos sean negligentes a la vez, habrá que sumar expresiones, de lo que resulta: $P(V^{nop}, C^{nop}) \times D + c(V^{nop}) + c(C^{nop}) < c(V^{op}) + c(C^{op})$.

Es decir, sería preciso, para que ambos sujetos fueran negligentes bajo la compensación de culpas, que los costes del accidente más los costes de cuidado de las partes en el nivel negligente sean inferiores a los costes de cuidado óptimo, lo cual es imposible dada la definición del nivel de cuidado óptimo.

Por tanto, *la compensación de culpas no incentiva que ambas partes sean negligentes, ni que una lo sea mientras la otra alcanza el nivel óptimo de precaución; ello implica que incentiva la adopción por causante y víctima de la diligencia óptima.*

VI.4.2. El Tribunal Supremo, sin embargo, no considera la compensación de culpas como una regla especial de la responsabilidad por culpa, sino una doctrina que produce sus efectos en el ámbito de las nociones causales. Entiende que se trata de la doctrina que permite dar una solución a los casos en los que, sin haber culpa exclusiva de la víctima, hay una conducta negligente de su parte; es decir, que no hay ruptura de la relación de causalidad porque la negligencia de la víctima no es factor único del accidente, pero interviene con eficacia causal: Sentencia de 7 de diciembre de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1984, 16 de mayo de 1983.

Esta consideración responde parcialmente al fenómeno empírico de que en la mayoría de los casos en que viene aplicada la compensación de culpas, los causantes, para exonerarse de responsabilidad, alegan la culpa exclusiva de la víctima. Tampoco son ajenas a las mismas las vacilaciones y confusiones entre el plano de la causalidad y el plano del standard de diligencia, en que suele incurrir la jurisprudencia española.

Sin embargo, la compensación de culpas no comporta el uso de nociones causales distintas, ni plantea más problemas causales que los de la regla de responsabilidad por culpa.

Lo que ocurre es que las nociones y los problemas causales se refie-

ren no sólo a la relevancia causal, en los tres planos a los que hicimos referencia en V.3.3, de la falta de diligencia del causante, sino también a la de la falta de diligencia de la víctima. Por ello, si el daño que se produce no es de aquellos que, dado un nivel de información bastante, se ven afectados por las medidas de cuidado de la víctima, la culpa de ésta no está causalmente conectada al accidente; si la falta de medidas de cuidado de la víctima no ha sido condición necesaria del accidente (Sentencia de 18 de noviembre de 1987), no existirá —al menos según es criterio del Tribunal Supremo— nexo causal apto a fundar la compensación de culpas; y tampoco lo habrá si el defecto de diligencia de la víctima no aumenta concretamente la probabilidad de producción del accidente (Sentencia de 29 de octubre de 1987) «rectius», no afecta al coste esperado del accidente (83).

De esta forma, son siempre *tres* los planos de la relación causal que aparecen en la aplicación de toda regla de responsabilidad, sea responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva (aunque, en este caso, entrando también en juego los niveles de actividad) o responsabilidad por culpa con compensación de la culpa de la víctima.

VI.4.3. La compensación de culpas impone que si ambas partes son negligentes cada una deberá soportar una fracción del coste del accidente. Pero una cuestión se suscita inmediatamente: ¿Cómo se determina la fracción que corresponde a la víctima?

La solución no parece desprenderse fácilmente de las decisiones del Tribunal Supremo. En numerosas ocasiones, éste, amparándose en la facultad moderadora del artículo 1103 Código civil, parece querer decir que dicha fracción se fija discrecionalmente por los Tribunales atendiendo sobre todo a consideraciones de equidad: Sentencia de 25 de marzo y 29 de mayo de 1980, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984, 18 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1987 (84). Sin embargo, en estos casos, el reparto equitativo se apoya en el presupuesto de la entidad igualitaria de las culpas de causante y víctima, por lo que parece poder englobarse, al menos en parte, dentro del primero de los sistemas de cómputo que vamos a examinar.

Dos son, aparentemente, los criterios que van a permitir la determinación de la fracción que asumirá cada sujeto.

El primero de ellos es el de la comparación de las entidades de las culpas de causante y víctima: Sentencia de 13 de octubre de 1981, 20 y 27 de junio de 1983, 21 de junio de 1985, 19 de diciembre de 1986, más las citadas más arriba.

Si llamamos V^{op} y C^{op} a los niveles óptimos de diligencias de vícti-

(83) En realidad, la negligencia de la víctima (que transportaba tres adultos y seis niños en el mismo vehículo), no afectaba a la probabilidad de ser embestido por un camión, pero sí a la magnitud del daño que del accidente pudiera derivar. Por ello es criticable la decisión del Tribunal Supremo.

(84) *Vid.* La crítica de la utilización de 1103, de Díaz Alabart, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1988, en 12 *Poder Judicial*, 1988, p. 136 y ss.

mas y causante, y V^n y C^n a los niveles (no diligentes) efectivamente observados (estos niveles se pueden cuantificar a través de su coste), podríamos expresar formalmente este criterio del siguiente modo:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{V^{op} - V^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{C^{op} - C^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

El segundo criterio es el del reparto «proporcional a la relación directa que las actividades culposas hayan tenido en la producción del resultado dañoso»; Sentencia de 20 de febrero de 1987; y de la Sala 2.^a, Sentencias de 28 de septiembre de 1982, 24 de marzo de 1983, 22 de febrero de 1985, 7 de octubre de 1988. Este criterio puede expresarse formalmente a través de la agravación de la probabilidad del accidente por efecto de la falta de diligencia de cada uno.

Si llamamos $P(V^{op}, C^{op})$, $P(V^n, PV^n)$ a las probabilidades del accidente, dados los niveles de cuidado anteriormente expuestos, resultaría:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

Los resultados que producen la aplicación de estos criterios pueden ser, sin embargo, bastante dispares. Supongamos que los niveles óptimo y real de cuidado del causante (medidos por su coste), fueran 40 y 10, respectivamente; y los de la víctima, 20 y 5, respectivamente; y que la probabilidad (medida en tanto por ciento) del accidente fuera, en el nivel de cuidado óptimo por parte de ambos, 6; si el causante no es diligente, la probabilidad será de 12; si la víctima no lo es, de 8.

Los resultados de los dos criterios son los siguientes:

CRITERIO 1

$$\text{Víctima: } \frac{20 - 5}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{15}{45} = \frac{1}{3}$$

$$\text{Causante: } \frac{40 - 10}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{30}{45} = \frac{2}{3}$$

CRITERIO 2

$$\begin{array}{l} \text{Víctima:} \quad \frac{8 - 6}{12 - 6 + 8 - 6} = \frac{2}{8} = \frac{1}{4} \\ \\ \text{Causante:} \quad \frac{12 - 6}{12 - 6 + 8 - 6} = \frac{6}{8} = \frac{3}{4} \end{array}$$

Por tanto, según el primer criterio, la víctima cargará con un 33 % del coste del accidente, y según el segundo, con el 25 %; el causante, con 67 % y un 75 %, respectivamente (85).

VI.4. Hemos visto que la compensación de culpas, como doctrina correctora de la responsabilidad por culpa, produce resultados eficientes en términos de incentivos para el cuidado de las partes.

Sin embargo, idénticos resultados se obtienen a través de la regla de la culpa corregida con la «contributory negligence». Más aún, ésta última, según algunos autores, determina un ahorro en costes de administración del sistema: elimina todo resarcimiento para aquella víctima que sea negligente en cualquier grado, lo cual incentiva la reducción en la litigiosidad y hace los procesos más sencillos al eliminar el cálculo de la fracción del coste del accidente que corresponde a cada sujeto (86).

¿Cuáles son entonces las ventajas de la compensación de culpas? Se han intentado encontrar en la justicia y la equidad (87). Pero en términos de eficiencia, en nuestro modelo simplificado, no reporta ningún beneficio adicional respecto a reglas más sencillas.

No obstante, hay modelos más complejos, que introducen relajación de varios de los supuestos del aquí expuesto, dando entrada al error de cálculo del cuidado debido (88), a la falta de respuesta de algunos sujetos a los incentivos de las reglas jurídicas, con decisiones de cuidado tanto simultáneas como sucesivos, (89) a la variación en el carácter de causantes y víctimas (90) (nosotros supusimos que todos los causantes y todas las víctimas era idénticos). En ellos resulta que la regla más eficiente es precisamente la de la compensación de culpas; o más en general, toda regla que no fraccione el coste del accidente entre los intervinientes, es menos eficiente que una que lo fraccione, y la compensación de culpas es la más destacada dentro de este tipo de reglas.

(85) En los sistemas angloamericanos parece predominar el primer sistema. GOETZ *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul, 1985, p. 308. En Alemania, el par. 254 BGB, escoge el segundo de ellos, mientras el artículo 1.227 del Codice civile italiano se refiere a ambos, incurriendo en una cierta contradicción.

(86) POSNER *Economic Analysis...*, cit., p. 157.

(87) SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 721; ésta parece ser la principal justificación para nuestro Tribunal Supremo.

(88) HADDOCK y CURRAN, *op. cit.*, p. 63.

(89) REA *op. cit.* p. 156.

(90) RUBINFELD, *op. cit.* p. 384.

VI.5. *El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia.*

VI.5.1. *El tercero de los correctores de la regla de responsabilidad por culpa adoptados por el Tribunal Supremo es la doctrina llamada del agotamiento de la diligencia.*

Esta doctrina, con el presupuesto de la inversión de la prueba de la culpa, establece que la presunción «iuris tantum» de culpa no se elimina con el cumplimiento de las prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas son insuficientes para evitar el riesgo, exigiéndose agotar la diligencia: Sentencia de 10 de julio de 1985, 28 y 31 de octubre de 1988, entre otras muchas. Esto implica, en palabras de la sentencia de 31 de enero de 1986, que «si se ha producido un resultado dañoso, es por no haberse tomado las necesarias precauciones», lo que da pie a pensar que la aplicación de esta doctrina representa el fin de la regla de responsabilidad objetiva (91).

Sin duda, si la misma fuera siempre realmente lo que parece desprenderse de las dos sentencias arriba citadas, habría que estar de acuerdo con esa afirmación. ¿Por qué? Pues porque *exigir adoptar todas las medidas para evitar el riesgo de accidente, de forma que si éste se produce, se infiere que el causante fue negligente, supone que el nivel de cuidado debido es aquel que hace cero el coste esperado del accidente* (92). Si ello indujera al causante a adoptar este nivel de cuidado, el agotamiento de la diligencia sería una regla abiertamente ineficiente dado que ese nivel no es el socialmente óptimo. Pero esto no será así; el causante no escogerá nunca este nivel de cuidado, pues preferirá el óptimo dado que en éste sus costes son menores aun teniendo que pagar el coste del accidente, por la propia definición de nivel óptimo de diligencia; los costes de prevención son tan altos en aquel otro nivel, que sobrepasan la ventaja de evitar la responsabilidad. Tampoco adoptará el causante un punto intermedio porque en aquel por definición se halla siempre mejorado («better off»). En realidad, el agotamiento de la diligencia funcionará como responsabilidad objetiva pues, si el accidente se da, el causante será responsable, no por la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva formalmente declarada como tal, sino por entenderse que no ha alcanzado el nivel de diligencia debido. Dada esta equivalencia real nos remitiremos a la sección siguiente para examinar los efectos de la regla de la responsabilidad objetiva y sus correcciones en los accidentes bilaterales.

VI.5.2. Sin embargo, resulta imprescindible realizar dos puntualizaciones: por un parte, *no puede entenderse que la doctrina del agotamiento de la diligencia ha procedido a una completa sustitución de la responsabilidad objetiva*. Y ello no porque el Tribunal Supremo siga pro-

(91) O'CALLAGHAN «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», en *A.C.*, 1986, p. 13.

(92) En realidad, este nivel de cuidado que elimina el coste esperado del accidente no existe en la realidad, dado que siempre existen daños que por mucha precaución que se tome, no se pueden evitar (aunque sea por la dificultad de su identificación).

clamando la primacía de la culpa, sino porque en muchos casos exonera de responsabilidad, existiendo daño, precisamente porque no concurría el requisito de la negligencia del causante: Sentencia de 9 de julio de 1984, 15 de abril de 1985 (y en este caso el causante incumplió una prevención reglamentaria, pues la excavadora del causante excedía en 5 cm. la anchura máxima autorizada), 26 de noviembre de 1987, 16 de diciembre de 1988, 17 de mayo de 1989: y en muchas sentencias más afirma la responsabilidad tras realizar una indagación sobre el ajuste de la diligencia observada a la debida: 11 de mayo y 1 de julio de 1983, 14 de junio y 12 de julio de 1984, 19 de febrero y 21 de junio de 1985, 11 de febrero de 1986, 2 y 19 de diciembre de 1987, 26 de diciembre de 1988, 6 y 8 de marzo de 1989.

Por otra parte la doctrina del agotamiento de la diligencia se ha convertido prácticamente en una fórmula fija en numerosas sentencias bien diversas: en algunos casos parece responder de forma más o menos consciente a una tendencia objetiva clara por parte del Tribunal Supremo; así en materia de accidentes producidos por los ferrocarriles (ya desde la lejana sentencia de 29 de junio de 1932, hasta las de 11 de enero de 1979, 3 de diciembre de 1983; pero hay que ver también la reciente de 15 de marzo de 1988); en materia de accidentes de automóvil — objetivación ya impuesta legislativamente, pero que el Tribunal Supremo, para salvar formalmente la primacía de la culpa, realiza a través del agotamiento de la diligencia: Sentencia de 17 de marzo de 1981, 31 de enero de 1986, 16 de mayo de 1986.

Pero en otros casos, no sirve más que para resolver de manera contradictoria casos idénticos: Sentencia de 20 de diciembre de 1982 (responsabilidad por un incendio con incertidumbre sobre la causalidad, al aplicar el agotamiento de la diligencia) y 9 de julio de 1985 (no responsabilidad al no exigirse el agotamiento), con justificación más que discutible.

VII. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

VII.1. La última de las reglas de responsabilidad es la de *responsabilidad objetiva*: según esta regla, *el causante de un accidente asumirá sus costes cualquiera que sea el nivel de precaución adoptado* ¿Qué comportamiento induce esta regla en los sujetos? (93).

En los accidentes unilaterales, el resultado inducido será el óptimo dado que, al cargar el causante con el costo del accidente en todo caso, adoptará el nivel de cuidado óptimo, porque con ello la inversión de una peseta en cuidado se traducirá en la reducción de más de una peseta en el coste esperado del accidente. Con un nivel de cuidado menor, todavía

(93) *Vid.*, sobre la responsabilidad objetiva en la literatura económica: SHAVELL, *Economic Analysis*, cit. cap. 2; ID «Strict Liability versus Negligence», en *9 J Legal Stud.*, 1980, p. 1; POLINSKY *Introducción...*, cit., p. 61; POSNER *Economic...*, cit., p. 160.

queda coste esperado —y es el causante, recordemos, el que lo va a sufrir— que reducir si adopta más precauciones. Con un nivel superior, gastaría más en precauciones de los que obtendría en reducción del coste esperado del accidente.

En los accidentes bilaterales, por lo que respecta al causante, no hay más que reproducir lo apenas expuesto. En cuanto a la víctima, por contra, la responsabilidad objetiva determina que no adopte ningún cuidado, toda vez que el coste del accidente se transfiere en todo caso al causante. Siempre le resarcirá el causante, y no le reporta ninguna ventaja gastar una peseta en precaución.

Además de estos efectos sobre los niveles de cuidado, en la responsabilidad objetiva incide de forma considerable un factor que hasta el momento no habíamos tenido en cuenta. *Este factor es el nivel de actividad del causante. Si este nivel incide en el coste esperado del accidente, en el sentido de que a mayor nivel de actividad, mayor coste esperado de accidentes, la responsabilidad objetiva puede inducir al causante a adoptar un nivel óptimo de actividad, lo cual no puede hacer la responsabilidad por culpa.* Supongamos que el causante adopta un nivel óptimo de cuidado. Si la regla es la responsabilidad por culpa, no responde y no asume nada del coste de los accidentes. Por tanto, a la hora de decidir cuál será su nivel de actividad, no tendrá en cuenta los accidentes que se producirán por un incremento de esa actividad, por lo que elegirá un nivel de actividad más elevado del socialmente óptimo. Por contra, si la regla de responsabilidad es objetiva, el causante elegirá el nivel de actividad óptimo dado que debe asumir el coste de los accidentes que cause, aunque su diligencia sea la debida. Entonces, a la hora de elegir su nivel de actividad, tendrá en cuenta el coste de los accidentes que produciría un incremento del nivel de su actividad.

Para calcular el nivel de actividad socialmente óptimo es preciso descontar, de la utilidad que produce la actividad, el coste (incluido el de accidente) que genera, y sólo la responsabilidad objetiva conduce a efectuar correctamente este cálculo.

VII.2 Por ello, no es de extrañar que en el sistema de la responsabilidad civil *reglas de responsabilidad objetiva rijan en ámbitos de accidentes unilaterales y en los que el volumen de actividad parece afectar de manera importante a la probabilidad y cuantía de los daños, aún siendo adecuados los niveles de cuidado*: así, en materia de accidentes derivados de la navegación aérea (artículo 120 Ley de Navegación Aérea) y de la explotación de energía nuclear (artículo 45 Ley sobre energía nuclear de 29 de abril de 1964) (94).

(94) Solución idéntica a la adoptada en otros sistemas como el alemán: Luftverkehrsgesetz, 1981, Atomgesetz, 1985. *Vid.* MEDICUS *op. ult. cit.*, p. 390; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 368; o el francés: Código de la aviación civil y comercial de 1967, Ley de 29 de noviembre de 1986; *Vid.*, LE TOURNEAU *op. cit.*, p. 752. Por contra, en Estados Unidos se discute el sometimiento de los daños nucleares y aeronáuticos a la regla de responsabilidad objetiva, y la solución parece más bien ser negativa: PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 557.

Efectivamente, parece que se trata de tipos de daños en los cuales la conducta de la víctima no influye —por lo menos en los supuestos ordinarios—, en la probabilidad del accidente; y dados los altos costes que un accidente aéreo o nuclear puede provocar, parece conveniente que las actividades que los generan internalicen los costes derivados de ellos aunque se hayan adoptado los medios de precaución exigibles. Sin embargo, en el sistema español existen otros ámbitos de daños en los que —aún con dudas en algún caso— se aplica la regla de la responsabilidad objetiva, y que no son claramente —o no lo son en absoluto— accidentes unilaterales: así en el ámbito de daños de productos a los consumidores (artículos 25 y 28 Ley de consumidores) (95). Y en el ámbito de los daños personales producidos por vehículos de motor (96) (artículo 1 Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986). Y hemos mencionado los posibles efectos desincentivadores de la adopción de medidas de precaución por parte de las víctimas que puede tener una regla de responsabilidad objetiva, cuando dichas medidas son convenientes para prevenir el daño, es decir, cuando el accidente es bilateral.

VII.3. Es posible, sin embargo, eliminar estos efectos negativos, introduciendo algunas correcciones en la responsabilidad objetiva haciendo que la víctima asuma una parte del coste del accidente, si no toma las precauciones debidas.

No se trata de una regla de compensación de culpas en sentido estricto, porque el nivel de cuidado del causante no es un factor relevante, no se valora (si lo fuera, nos hallaríamos ya en el campo de la regla de la culpa). Sólo será valorada la conducta de la víctima. Determinado el nivel de diligencia óptimo de aquella, si es alcanzado, el causante asume el entero coste. Pero si no lo es, la víctima tendrá que cargar con una parte del mismo.

Cual sea la proporción en que participe la víctima dependerá del nivel de precaución de ésta en relación con el óptimo. Si el nivel de cuidado adoptado se aproxima o tiende a 0, la fracción del coste que asumirá la víctima, tenderá a 1, y en el límite será 1.

Sólo en el límite, la «culpa exclusiva de la víctima» como exoneradora de responsabilidad del causante, determina un resultado eficiente. Y para ello es preciso, además, que a este límite se llegue de forma no discontinua, esto es, que el causante no pase bruscamente de afrontar todo el coste a, cuando el cuidado de la víctima es 0, quedar exonerado. En función del decrecimiento en el cuidado de la víctima, irá creciendo la

(95) La defectuosa técnica legislativa de estas normas ha producido ciertas dudas en la doctrina: *vid.*, BERCOVITZ (Rodrigo) «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo y bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs.), Madrid, 1987, p. 240; CAVANILLAS Responsabilidad civil y tutela del consumidor, Palma de Mallorca, 1985, p. 90.

(96) En el colmo de la confusión se establece en el sistema español (ya desde la ley de 1962), una doble regla de responsabilidad, para un mismo accidente, según el tipo de daño: responsabilidad objetiva para los daños personales, por culpa para los materiales.

fracción a soportar por ésta, hasta hacerse 1 en el límite. De lo contrario, con el «todo o nada», la víctima se ve inducida a un nivel de precaución subóptimo, salvo que la inexistencia de culpa exclusiva se haga coincidir con el nivel óptimo de cuidado, lo cual no parece ser la actitud de los Tribunales españoles (en realidad, si fuera así, no sería más que una formulación «a la española» de la «contributory negligence» anglosajona).

Si entendemos, pues que «culpa exclusiva de la víctima» es este supuesto en el límite que acabamos de describir, dotamos a esa noción de un sentido en términos de eficiencia. Obviamente, aunque hayamos realizado esta caracterización en el ámbito de la responsabilidad objetiva, es válida «mutatis mutandis» para el ámbito de la estricta compensación de culpas de causante y víctima.

Así pues, la valoración de la diligencia de la víctima como correctora de la responsabilidad objetiva del causante, induce a ambos a la adopción de las medidas de prevención socialmente óptimas.

Y esta regla corregida —con el nombre de compensación de culpas, pero su sentido es el ahora explicado—, está reconocida en materia de accidentes nucleares (artículo 45 de la Ley sobre energía nuclear), accidentes de automóvil el artículo 1.º.2 Real Decreto Legislativo 1301/1986 sólo prevé la exoneración por culpa exclusiva de la víctima, pero el Tribunal Supremo aplica reiteradamente la compensación: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 17 de diciembre de 1986, 18 de noviembre y 7 de diciembre de 1987), y accidentes de ferrocarril (Sentencia de 3 de diciembre de 1983 y 15 de diciembre de 1985).

Este correctivo introducido, no obstante, comporta una contrapartida; y es la pérdida de la simplicidad y automaticidad que la responsabilidad objetiva posee como ventaja frente a la culpa. En otros términos, que la valoración de la culpa de la víctima hace aumentar los costes de administrar y aplicar la regla de responsabilidad objetiva.

VII.4. Otro elemento de la regla de responsabilidad objetiva digno de ser resaltado, es su componente compensatoria o de seguro.

En realidad, todas las reglas de responsabilidad —salvo, evidentemente la de no responsabilidad— tienen cierta dosis de seguro. En efecto, la responsabilidad por culpa proporciona cobertura a las potenciales víctimas, en el sentido de que si el evento dañoso acaece, verán compensados todos los daños, aunque con una importante restricción: sólo en el ámbito de los accidentes evitables empleando la diligencia exigible.

La responsabilidad objetiva va más allá: proporciona cobertura frente a todo riesgo, incluso frente a los accidentes que son inevitables aun usando las precauciones debidas. Confiere pues, en cierto modo, «seguro a todo riesgo», desde el punto de vista teórico; por supuesto, el funcionamiento de la regla a través de su aplicación real por los tribunales ya es otro cantar.

Este carácter permite ofrecer una explicación del por qué en la realidad los sistemas jurídicos —español incluido—, las reglas de responsabi-

lidad objetiva han aparecido, de ordinario, asociadas a la imposición a los potenciales causantes de la obligación de contratar un seguro para cubrir su responsabilidad (por ejemplo, artículo 2 Real Decreto legislativo 1301/86, artículo VII, párrafos 10 y 11, Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación de hidrocarburos, artículo 128 ley de navegación aérea, artículo 30, ley de consumidores).

Efectivamente, si el sistema jurídico pretende que las víctimas potenciales estén aseguradas, y si éstas no pueden acudir (o parece previsible que, aún pudiendo, no lo harán), a los mercados de seguro en condiciones razonables, una opción interesante es la adopción de una regla de responsabilidad objetiva, porque con ello se convierte prácticamente al causante en «asegurador» de la víctima.

Pero puede muy bien ocurrir que los potenciales causantes no sean ellos mismos un óptimo asegurador (el ejemplo palmario es el de los conductores de automóvil; en el caso de empresas, en menor medida, por su capacidad, mayor o menor, de autoasegurarse), cobrando entonces sentido que se imponga el acudir a un asegurador profesional o a otro sistema organizado de seguro (depósitos o fianzas ante entidades pública, mutuas de seguros, etc.).

De todo lo ya indicado sobre la responsabilidad objetiva, parecen poder derivarse dos factores económicos fundamentales en la vigencia de esta forma de responsabilidad: el control del nivel de actividad de los potenciales causantes, y el seguro de las potenciales víctimas.

VIII. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE CONTROLAR EL RIESGO

Además del seguro, que, como dijimos, es un mecanismo fundamental en nuestros días para protegerse frente al riesgo, existe un haz bastante amplio de medios teóricos y prácticos alternativos de control de riesgo. En este apartado intentaremos caracterizarlos, mostrar la bondad social de cada uno y, de esta manera, proporcionar una perspectiva más amplia sobre el papel del sistema de responsabilidad civil. Pues bien, ¿cuáles son los sistemas alternativos?:

A₀ El sistema de responsabilidad civil, visto en este trabajo;

A₁ La regulación pública sobre seguridad, materia que tiene como ejemplos, la legislación sobre envasado, procesado e información sobre productos de consumo; sobre proceso de producción en centrales nucleares; sobre condiciones generales de seguridad, por ejemplo salidas de incendio en locales públicos, uso de cinturón en automóviles, etc.

A₂ La acción inhibitoria; por ejemplo, la que se otorga a los vecinos que habitan cerca de una presa en situación de relativa fragilidad a impedir su funcionamiento hasta que se subsanen esas deficiencias.

A₃ Los impuestos o los subsidios correctores; medio muy frecuen-

te cuyo ejemplo paradigmático quizá sea el del impuesto sobre una empresa que emite contaminación por el valor de los daños esperados que ocasiona.

A_4 Multas por daños efectivamente causados (97); por ejemplo, la que se impone al propietario de unos animales que han causado daño a un vecino (98).

A_5 Sanciones penales, cuyo ejemplo característico está constituido por aquellas que implican privación de libertad.

Las acciones o medidas anteriores pueden diferenciarse en función del momento de actuación de cada una de ellas respecto a la producción del accidente de la forma que esquemáticamente enunciamos:

ACCION	MOMENTO DE ACTUACION	
	Ex ante	Post
Privada	A_2	A_0
Pública (de oficio)	A_1, A_3	A_4

La acción penal, A_5 , no figura en el cuadro anterior porque puede ser una acción ex ante o ex post, y puede ser promovida privada o públicamente. Una suposición frecuente sobre ella es que es socialmente más costosa que las demás por los costes que comporta su aplicación (99).

Además de diferencias las distintas medidas, es importante poder disponer de criterios evaluadores en las mismas, conocer las *ventajas e inconvenientes de cada una*. Como se indicó más arriba, el *criterio de optimalidad social* que tomamos de referencia es el de la maximización del valor de la actividad en cuestión para las partes, menos costes esperados de la precaución, daños esperados, costes administrativos, coste de soportar el riesgo por quienes tienen aversión a él y coste de imposición de sanciones penales, cuando procedan (100). De acuerdo con ello, podemos enunciar de forma resumida los siguientes criterios:

(97) Establecidas con arreglo al criterio objetivo o al de la culpa, como en el caso de la responsabilidad civil.

(98) Adviértase que son distintas de las multas que se imponen por la infracción de regulación. Compárese la multa que se impone a una persona que dejó que su ganado comiera pastos de un vecino con la correspondiente a una infracción sobre regulación de seguridad al no tener extintores en un local de uso público o por conducción a velocidad superior a la máxima autorizada. La primera se produce cuando los daños han tenido lugar y frecuentemente viene acompañada del posible ejercicio de la acción de resarcimiento por daños. La segunda actúa aún si existir daños, sino mera situación de riesgo, y no suele venir acompañada de la acción por daños.

(99) Por ejemplo, frente a las multas pecuniarias (no penales), la acción penal que termina con ingresos en prisión requiere el empleo de cuantiosos recursos para construcción y gestión de las prisiones y supone la pérdida de cuantiosos ingresos dejados de percibir durante el procedimiento o el internamiento en prisión. Ello no obstante, existen casos que reflejan la pervivencia de este tipo de acciones frente a la creación de situaciones de riesgo (p. ej., la reciente sentencia sobre daños causados por FECSA).

(100) La asignación de riesgo no es un coste relevante ahora, pues suponemos que la adquisición de seguro puede resolverlo adecuadamente.

Preferencia de los instrumentos de actuación «ex ante» frente a instrumentos «ex post».

La incapacidad de los causantes para indemnizar por el daño causado, así como la facilidad para que escapen a la imposición de responsabilidad (101) hacen preferibles socialmente los criterios ex ante. La consideración adicional sobre quién posea mejor información sobre el riesgo y esté en la mejor posición para reducirlo, así como la ulterior sobre la importancia de los costes administrativos que comportan (102), aconsejan con frecuencia la variación del criterio anterior y sus sustitución por el empleo de procedimiento ex post (103).

Preferencia de la acción privada frente a la pública (Estado).

La dispersión del daño entre las víctimas tiende a hacer superior la acción pública. Pero, de nuevo dependiendo de si quien está en mejor posición sobre la información relevante (104) es el Estado o son los particulares, será preferible la acción pública o la privada, respectivamente.

Preferencia de la acción penal.

La insuficiencia económica de quien causa daño puede ser una objeción no fácilmente salvable por las restantes medidas (no penales). La probabilidad de que el causante del daño eluda la acción administrativa de detección obligaría a aumentar consecuentemente las sanciones monetarias; y si la posibilidad de elusión de la detección fuese muy grande, podría ser necesario incrementar cualitativamente la sanción, pasando de lo monetario a la privación de libertad.

Por otra parte, el hecho de que el acto ocasionador del riesgo produzca al causante beneficios que la sociedad considere ilícitos (105) hace que el tamaño de la responsabilidad civil óptima deba ser superior (106), y si éste fuese muy elevado aconsejar en ocasiones el empleo de medios penales de privación de libertad.

En términos generales, cuando mayor sea la probabilidad y magnitud del daño, mayor es el perjuicio social derivado de no controlar adecuadamente las actividades lesivas, lo que sucedería, por ejemplo, si las sanciones monetarias no funcionaran bien; y de ahí la posible conveniencia del empleo de vías penales.

La responsabilidad civil en ese contexto

La responsabilidad civil es un procedimiento ex post, de acción privada y monetaria (no penal). Con carácter general, sería preferible, co-

(101) Por ejemplo, por la dificultad en determinar la relación causal; algo muy frecuente en los daños ambientales y daños a la salud.

(102) Que sólo se arrostran ex. post. respecto a la situación de riesgo, siquiera potencial.

(102) Aunque no siempre.

(103) Sobre el riesgo o sobre el acaecimiento de los daños.

(105) Por ejemplo, conducir en dirección prohibida en autopistas.

(106) Daño más beneficio ilícito.

mo instrumento frente a los demás, cuando los activos del causante no fueran bajos en relación al daño causado; cuando el conocimiento del causante sobre el riesgo fuese superior al de la autoridad pública, y cuando las víctimas hubieran de ser motivadas para suministrar información al Estado porque la que éste posee fuera escasa.

Finalmente un par de observaciones. De una parte, sobre el empleo de los referidos mecanismo alternativos de controlar el riesgo, no hace falta advertir que muy frecuentemente el sistema social óptimo de protección de la seguridad requiere el uso combinado de varios de los instrumentos y procedimientos antes citados.

Por otra parte, sobre el *papel actual y futuro del sistema de responsabilidad civil y del derecho de accidentes* (107), los estudios sobre el impacto disuasorio que, sobre las actividades creadoras de riesgo pueda tener amenaza de la responsabilidad civil y del derecho de accidentes parecen ser positivos (108) pero, a decir verdad, todavía escasos para poder decir algo concluyente sobre ello (109).

El sistema de responsabilidad civil ha experimentado cambios extraordinarios en los últimos cuarenta años. Si su función histórica consistió fundamentalmente en proporcionar un mecanismo compensatorio a favor de las víctimas y en disuadir actividades dañosas, la primera función (compensatoria) no parecer ser hoy tan importante desde que se desarrollaron los mercados de seguros tanto privados como sociales que proporcionan (o pueden proporcionar) un mecanismo compensatorio mejor que el de la responsabilidad civil. Hoy su función fundamental parece consistir, más bien, en la creación de incentivos para la mejora de la seguridad y para la eliminación de los riesgos.

Por ello, su papel futuro será probablemente menos importante en muchas áreas en que quizá se vea desplazado por el seguro, en especial unido a la regulación sobre seguridad. Pero a pesar de dichos cambios y de las duras críticas que sufre —centradas sobre todo en lo costoso del sistema—, la inmensa mayoría de los estudiosos consideran improbable que el sistema de responsabilidad civil desaparezca, un criterio que compartimos.

(107) Véase SHAVELL *Economic Analysis...*, 1987, capítulo final.

(108) Esto es, parece mostrar que efectivamente disuade.

(109) Así como la provisión de un foro donde las víctimas y la sociedad expresen su desaprobación de ciertos actos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AKERLOF, A.: «The Market for Lemon. Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism», 84 *Quarterly Journal of Economics*, 488-500.
- ALPA Y BESSONE: *Atipicità dell'illecito I: i profili dottrinali*, 2.ª ed., Milano 1981.
- ALPA Y BESSONE: *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985.
- ATIYAH: «Negligence and Economic Loss» 83 *L.Q.R.*, 1967.
- ATIYAH: *Accidents, Compensation and the Law*, 2.ª ed., London, 1978.
- BERCOVITZ (Rodrigo): «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs), Madrid, 1987.
- BESSONE: «Responsabilità per «negligence» e teoria dell'illecito (Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en *Riv. Trim dir. e proc. civ.*, 1974.
- BISHOP: «Economic Loss: A reply to Professor Rizzo». 1 *Ox J. Legal Stud.*, 1982.
- BISHOP Y SUTTON «Efficiency and Justice in Tort Damages: the Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.*, 1986.
- BONILINI: «Il danno non patrimoniale», en *N.G.C.C.*, 1985, II.
- BORGO: «Causal Paradigms in Tort Law» en 8 *J. Legal Stud.*, 1979.
- BROWN: «Toward an Economic Theory of Liability», en 2 *J. Legal Stud.* 1973.
- CAFERRA: «I limiti del danno risarcibile nella tutela aquiliana del crédito» en *Foro it.*, 1973, I.
- CALABRESI: «Optimal Deterrence and Accidents» en 84 *Yale Law Journal*, 1975.
- CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985.
- CALABRESI: *El coste de los accidentes*, Trad. española, Barcelona, 1984.
- CALABRESI: «Concerning Cause and the Law of Torts, An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U. Chi. L. Rev.* 1975.
- CALABRESI: «La responsabilidad civil come diritto della società mista», en *Pol. Dir.*, 1983.
- CALABRESI: «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?» en 69 *Iowa L. Rev.*, 1984.
- CANE: «Justice and Justifications for Tort Liability» en 2 *Ox. J. Legal Stud.*, 1982.
- CARBONE: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.
- CAVANILLAS MUGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987.
- CAVANILLAS: *Responsabilidad civil y tutela del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985.
- CASTRONOVO: «Inattuazione della prestazione de lavoro e responsabilità del terzo danneggiante», en *Mass. Gir. Lav.*, 1981.
- COASE: «The Problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.*, 1960.
- DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988.
- DIAZ ALABART: «Comentario a la S.T.C. de 2 de marzo de 1988», en 12 *Poder Judicial*. 1988.

- DONALDSON: «Zum Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes, *AcP*, 1966.
- DWORKIN: *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en *9 J. Legal Stud.*, 1980 p. 191 con el título «Is Wealth a Value?»).
- EPSTEIN: «Intentional Harms» en *4 J. Legal Stud.*, 1975.
- FABRICIUS: «Zum Dogmatik des» «Sontigen Rechts» gemäss par. 823. I BGB en *AcP*, 1961.
- FELDTHUSEN: *Economic Negligence*, Toronto, 1984.
- FERNANDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987.
- FERRANDO: «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II.
- FLEMING: *The Law of Torts*, 6.ª ed., Sydney, 1983.
- FLEMING: «C'è un future per i torts?», en *Riv Crit. Dir. priv.*, 1984.
- GALGANO: *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en *1 Contratto e impresa*, 1985.
- GOETZ: *Cases and Materials on Law and Economics*, St. Paul, 1984.
- GRADY: «A New Positive Economic Theory of Liability», en *92 Yale Law Journal*, 1983.
- HADDOCK y CURRAN: «An Economic Theory of Comparative Negligence», en *14 J. Legal Stud.*, 1985.
- HAGEN: «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en *J.Z.*, 1979.
- HART y NELL: *Rational Economic Man: A Philosophical Critic of Neoclassical Economics*, 1975.
- HUBER: «Normzwecktheorie und Adäquanztheorie», en *J.Z.*, 1969.
- JACKSON y POWELL: *Professional Negligence*, 2.ª ed, London, 1987.
- KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. esp. 8.ª ed., Madrid, 1983.
- LANDES y POSNER: «An Economic Theory of Intentional Torts», en *1 Intl. Rev. Law & Econ.*, 1981.
- LANDES y POSNER: «Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis», en *9 J. Legal Stud.*, 1980.
- LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en *12 J. Legal Stud.*, 1983.
- LANGE: *Schadensersatz*, Tübingen, 1979.
- LEFF: «Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975.
- LINDEN: *Canadian Tort Law*, Toronto, 2.ª ed., 1983.
- MARKESINIS: *The German Law of Torts*, Oxford, 1986.
- MEDICUS: *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., München, 1986.
- MEDICUS: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987.
- O'CALLAGHAN: «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual, en *A.C.*, 1986.
- POSNER: *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed. Boston, 1986.
- PROSSER y KEETON: *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984.
- REA «The Economic of Comparative Negligence» en *17 Intl. Rev. L. & Econ.*, 1987.

- RIZZO: «The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop» en 1 *Ox. J. Leg. Stud.*, 1982.
- RIZZO: «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982.
- RODOTA: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.
- RUBIENFELD: «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud.*, 1987.
- SALMOND y HEUSTON: *On the Law of Torts*, 18.^a ed., London, 1981.
- SALVADOR CODERCH: *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987.
- SALVADOR CODERCH: «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en 9 *C.C.J.C.*, 1985.
- SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español*, en *R.D.P.*, 1984.
- SCHWARTZ: «Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978.
- SHAVELL: «Strict Liability versus Negligence», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980.
- SHAVELL: *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), 1987.
- STOLJAR: «Accidents, costs and Legal Responsibility», en 36 *The Modern Law Review*, 1973.
- TOURNEAU: *La responsabilité civile*, 3.^a ed., 1982.
- TUCCI: *Responsabilidad civil y daños injustos*, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. trad. esp. Bolonia, 1980.
- TUNC: *La responsabilité civile*, París, 1981.
- VALJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», *Current Legal Problems*, 1985.
- VINEY y MARKESINIS: *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, París, 1985.
- VISINTINI: «Ancora sulla lesione del credito ad opera di terzi» en *Giur. it.*, 1973, IC.
- VISINTINI: *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987.
- VON CAEMERER: «Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I*.
- VON CAMERER: «Wandlungen des deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968.
- WILLIAMS: «The Foundation of Tortious Liability», en 7 *Camb. L. J.*, 1938.
- WILLIAMS: *Joint torts and contributory Negligence*, London, 1951.
- WILLIAMS: «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951.
- WINDSCHEID: *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino, 1904.
- ZEUNER: «Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens in Zivilrecht» en *J.Z.*, 1966.