

La culpa en la responsabilidad civil extracontractual

LUIS DíEZ-PICAZO

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil extracontractual me parece extraordinariamente borroso y necesitado de alguna profundización. En un trabajo anterior (*Derecho de daños*, Madrid, 2000) opté por clasificar lo que me parecían las diferentes posiciones doctrinales en lo que denominé concepciones psicológica, ética, normativa y económica y me decanté por la tercera de ellas. Se trataba de un intento de aproximación que, ahora, debe ser continuado. Tratar de obtener el más claro perfil posible del concepto de culpa, siempre poroso y huidizo, es más necesario todavía en un momento en que la línea que parece seguir la jurisprudencia es la de un retorno a la responsabilidad por culpa como principio, con la consiguiente consideración de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo como un supuesto excepcional. En efecto, si el concepto de culpa no se precisa, ese retorno termina siendo más aparente que real y no tiene mucho sentido hablar de un «reproche culpabilístico» si no se termina de saber cómo ha de hacerse éste y no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor.

Hay una aclaración previa que me parece superflua. El carácter borroso del concepto de culpa, o como se lo quiera llamar, se predica sobre todo de la culpa entendida como imprudencia o negligencia, pues la aplicación, en materia civil, de las figuras del dolo, del dolo eventual y de la preintencionalidad, no es problemática.

2. UNA BREVE EXCURSIÓN A TRAVÉS DE SENTENCIAS DEL TS

Para introducirnos en la materia, no será impertinente comenzar, como tantas otras veces, analizando algunos ejemplos extraídos de sentencias relativamente recientes del TS.

1.º En el caso que decidió la STS de 24 de diciembre de 1997 el demandante alegaba que había sufrido daños en el rostro con sus secuelas y la pérdida de más de año y medio de trabajo. Trabajó, o había trabajado, al servicio de una sociedad dedicada a pavimentos asfálticos. Se encontraba en un determinado local reparando un vehículo y fue a buscar una pieza al almacén contiguo, en el cual se encontraba, abandonado, un extintor que estaba además caducado. En un momento dado y sin que se sepa muy bien por qué, el extintor explotó y fue esta explosión la que produjo los daños. En un caso como éste, es claro que la culpa se concretaba en el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene del trabajo, que la sentencia refiere a la relativa a los gases licuados y, en concreto, a la contenida en la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1971. En el caso concreto, no parecía haber tenido especial importancia que el extintor se hallara caducado o pasado de fecha, pues no fue utilizado para lo que hubiera sido su destino normal. El hecho de que se hallara abandonado en el almacén contiguo fue causa determinante del accidente, pero no se explica lo que se debe hacer con los extintores que han caducado ya cuando en ellos se contienen gases licuados o a presión.

Es preciso hacer constar que en la sentencia recordada el concepto de culpa fue utilizado únicamente para calificarla como contractual y decidir, en consecuencia, que, tratándose de un accidente de trabajo, la competencia correspondía a la jurisdicción laboral.

2.º La STS de 11 de junio de 1998 contemplaba un supuesto en el cual una empresa constructora estaba llevando a cabo una determinada edificación en un solar, para una empresa hotelera. El contratista había subcontratado la instalación de una grúa elevadora, que en un momento dado cayó sobre las propiedades contiguas produciendo daños. La entidad demandante imputaba la caída de la grúa a culpa de los demandados, que eran la empresa hotelera y la contratista. Pese al riesgo que la instalación de estos artefactos entraña –alegaba– no se habían cumplido los requisitos reglamentarios como eran la presentación de un proyecto técnico visado por facultativos y la cobertura de la responsabilidad civil mediante un seguro. Aunque la Audiencia había estimado la demanda, el STS declaró haber lugar al recurso. En esta sentencia, se pueden leer

tres afirmaciones que tienen especial importancia. La primera es que, aunque la instalación y el montaje de una grúa elevadora suponga la creación de un riesgo del que el contratista se aprovechó, no hay legalmente causa para que se le imponga una responsabilidad objetiva por el daño que pueda producir la caída de la grúa, «pues no existe norma en particular que así lo disponga». La segunda afirmación es que no le cabía al contratista la responsabilidad dimanante del artículo 1903 CC, en que la Audiencia se había fundado, pues la empresa instaladora no era dependiente del contratista, cualidad que es la que condiciona la responsabilidad prevista en el artículo 1903 CC. Y la tercera, que es la que a nosotros nos interesa ahora, es la afirmación de que al contratista no se le debía exigir mayor diligencia que la de contratar con una persona autorizada, y que no se encontraba en juego lo que la sentencia llama la severa reglamentación administrativa de establecimiento, funcionamiento y montaje de aparatos elevadores (Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, y OM de 9 de mayo de 1983 y 15 de febrero de 1985), pues, como ya se ha dicho, la empresa instaladora de la grúa no había sido demandada.

3.º En la sentencia de 29 de julio de 1988, en relación con el paro cardiorrespiratorio, seguido de anoxia cerebral, de un paciente al que se practicaba, con anestesia general una operación de reducción de una fractura y de alineación de los huesos, se puede leer lo siguiente:

Corresponde señalar que la resolución de instancia ha hecho un examen pormenorizado de la «lex artis ad hoc» en supuestos como el del debate, y, después de subrayar que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, ha mostrado que, para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos:

1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente.

2. Los estándares para la valoración preoperatoria, pruebas complementarias preoperatorias, perianestesia y cuidados postanestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación preanestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) perianestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos.

De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intraoperatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen: a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; b) la permanente evaluación monitorizada de: 1, la concentración inhaladora de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con un analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2, la conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3, con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo del electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno; y c) postanestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación postanestésica.

La sentencia recurrida recoge las guías reseñadas del propio campo de esta rama de la ciencia médica, según opinión facilitada por la Presidencia de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, cuyas bases, desde una perspectiva general, son, sin duda, adecuadas.

En la misma sentencia se puede leer también que:

Asimismo, respecto al cirujano, la decisión expresa que éste no advirtió de forma inmediata el paro cardio-respiratorio, como reconoció al absolver la vigésima posición de las que le fueron formuladas, de donde el juzgador de instancia deriva que, ante tal situación, es exigible al operador el aseguramiento de que las constantes vitales del paciente eran permanentemente controladas mediante otros sistemas –lo que, en este caso, no consta que el médico efectuara de modo alguno–, ya que de haberse hecho así se hubieran podido detectar las anomalías ante los síntomas de la requerida parada y de la hipoxia, y, por tanto, quedaría expedita la utilización a tiempo de los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas, a fin de evitar lesiones irreversibles como las que finalmente acaecieron.

Un comentario de esta sentencia no puede por menos de aplaudir el análisis completo de los deberes profesionales de un anestesista. No es tan clara la cuestión por lo que se refiere al cirujano, pues, aunque parece claro que debe asegurarse de que las constantes vitales de un paciente están siendo controladas, no parece necesario que lo tenga que hacer por sí mismo.

4.º En la STS de 21 de septiembre de 1998 se examina un caso en el que un empleado del demandado se encontraba manejando una máquina denominada «toro» con la que transportaba y apilaba unos rollos de alambre. Con esa ocasión, perforó con las púas o astas de la máquina unos bidones que contenían nitroglicerina, produciéndose lógicamente una explosión. La sentencia dice que existió res-

ponsabilidad del empleador por los actos de su empleado, argumentándolo en que la máquina había sido «manipulada descuidada e imprudentemente» por el empleado y en actividades totalmente ajenas al círculo concreto del riesgo que podían representar los bidones. Se señaló también que no existía responsabilidad del codemandado por la actividad causante del accidente, pues se encontraba totalmente desconectado de las infracciones posteriores que éste hubiera podido cometer, como podía haber sido la incompleta señalización de los bidones como material peligroso o la indicación en las cartas de porte de la forma de manejo de los susodichos bidones. De esta sentencia se pueden extraer dos comentarios. El primero es que, por lo que se refiere a la culpa del autor de los hechos, existe una petición de principio: hay culpa porque la máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente. La segunda observación es que la culpa ha de situarse precisamente en el hecho causante, de modo que el envío de los bidones, con infracción de reglamentos, por la incompleta señalización del material peligroso o la indicación sobre la manipulación de los bidones, no debían tomarse en consideración pues eran hechos *desconectados* del resultado dañoso.

5.º En la STS de 20 de octubre de 1998 se estimó que existía responsabilidad de los «Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana» por el accidente ocurrido al conductor de un automóvil en un paso a nivel. En esta sentencia se dice que el ferrocarril discurría por lugar peligroso, en curva sin visibilidad, con un paso a nivel sin barreras; y que la insistente petición de los ciudadanos de suprimirlo sólo fue atendida después del accidente. La peligrosidad del paso a nivel había hecho que FEVE, ya con anterioridad, hubiera aprobado y acometido la instalación de barreras automáticas y semáforos, que ese día no estaban ultimados y que fueron puestos en funcionamiento en los días subsiguientes. La sentencia admite que el conductor del vehículo se había detenido en la señal de *stop* ubicada en el cruce y después había continuado la marcha siendo entonces arrollado por el tren. Se discutía si desde el *stop* debió el conductor ver el tren que circulaba, pero la sentencia dice que «el hecho de que pudiera concurrir también la culpa del conductor no relevaba de responsabilidad al recurrente, que mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidente». Es curioso constatar que en esta sentencia no se haga referencia alguna a la profusa y prolija reglamentación existente en materia de pasos a nivel, de donde se hubiera podido tal vez extraer alguna sólida argumentación, aunque es muy probable que ello fuera debido al modo como el asunto había sido planteado. Es curioso también que la culpa de FEVE se concrete en que «mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidentes», cuando

había sido ya aprobado el proyecto de automatización y se habían instalado barreras automáticas y semáforos, aunque no estuvieran activados ese día y sólo lo fueran en los siguientes, la culpa no puede estar en mantener el paso a nivel sin barreras, sino, si acaso, en haberse retrasado en la modificación.

6.º La STS de 31 de octubre de 1998 examina el caso de un niño de cuatro años y medio atacado por un león en un parque zoológico, al que había acudido, junto con otros niños, en una visita organizada por el colegio del que eran alumnos. El niño se encontraba «totalmente descontrolado» por parte de los profesores, cuando ocurrió el accidente. Había, pues, una «falta en el control y vigilancia del menor». Es curioso señalar que, según la sentencia, había concurrido también responsabilidad de la dirección del parque zoológico, si bien, como ésta se encontraba con anterioridad definida y delimitada penalmente, no se llega a saber cuál había sido la culpa de la empresa del parque ni tampoco la forma en que ambas culpas, la de la empresa del zoológico y la del centro educativo, podían coordinarse.

7.º En el caso que decidió la STS de 9 de diciembre de 1998 la esposa y causante del actor, a la edad de setenta y ocho años, había sido intervenida quirúrgicamente en el Hospital San Rafael de Barcelona de un «halux valgus» o, vulgarmente, juanetes. La operación se realizó normalmente pero pocos días después se le presentó a dicha señora un cuadro de contractura muscular progresiva. Fue examinada por el médico de guardia y luego por los del equipo de cirugía ortopédica. Se sospechó un tétanos postquirúrgico y se inició un tratamiento. Fue luego trasladada a otro hospital de la misma ciudad, donde se confirmó el diagnóstico de tétanos, ingresó en una UCI y falleció poco después.

De esta sentencia parece útil retener uno de sus fundamentos que dice así:

Pero junto a ello, también conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la Sentencia de 13 de diciembre 1997), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

3. A LA BUSCA DE LOS CRITERIOS

Se puede intentar, con los grupos de sentencias antes aludidas o con otras que al efecto no es difícil encontrar, formar tipos o categorías. En este sentido, se pueden mencionar las siguientes:

a) Se encuentran, ante todo los casos, en que la culpa se deriva de una «reprobación social». Es ésta una idea acuñada en sentencias que proceden del área de influencia que, en su día, tuvo Jaime Santos Briz. Aunque sobre la idea de una «reprobación social» habrá todavía que volver, hay que destacar que, con ella, se puede hacer referencia a un juicio genérico de desvalor de la conducta, sin explicitar las razones sobre las que tal juicio se funda o se puede también en ocasiones formular un juicio de desvalor del resultado. En este último caso, el proceder metodológico no es correcto, pues son dos cosas distintas el daño y la culpa. No se puede decir que en los daños por muy importantes que sean y por más que exista la tendencia hacia la necesidad de encontrar culpables, la culpa tenga necesariamente que existir.

b) En una línea muy próxima a la anterior se encuentra algún supuesto en que la culpa se extrae del daño diciendo que las cosas hablan por sí mismas (*res ipsa loquitur*) o cosas parecidas. Y en zona próxima se encuentra igualmente la llamada doctrina de los «daños desproporcionados» (*vid.* STS 9 de diciembre de 1998), pues no termina de saberse en que consiste la *desproporción* del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con un gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento. De hecho, en la STS de 9 de diciembre de 1998, como se recordará, había existido una infección postoperatoria que desgraciadamente condujo a la muerte del paciente. La producción de una infección hospitalaria es desgraciadamente un suceso que presenta algunas cotas de probabilidad, cuando los hospitales se encuentran superpoblados y el personal sanitario recargado de trabajo. En el caso de la mencionada sentencia, la infección con el bacilo del tétanos tenía que haber sido originada, lógicamente, por algún tratamiento anterior. Se puede suponer que los instrumentos quirúrgicos habían sido esterilizados, aunque ocurre que el del tétanos es un bacilo especialmente resistente y requiere esterilizaciones muy especiales.

En la sentencia mencionada, la del 9 de diciembre de 1998, hay algún otro dato que merece ser tenido en cuenta: si el tipo de asunto pertenece a un grupo en que la experiencia detecte ordinariamente la producción de culpas, éstas puedan ser deducidas en el caso concreto del tipo aun sin prueba de ellas.

Algún comentario especial merece la regla *res ipsa loquitur* de la STS de 13 de diciembre de 1997. Como ha sido señalado, especialmente en la doctrina inglesa de donde procede, no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. Es, se ha dicho, la irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraban bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía a un tipo de los que ordinariamente no ocurren sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo control del demandado.

c) Los casos en que los tribunales entienden que había existido culpa, pero no definen, ni especifican, las razones por las cuales se establece la conclusión a la que el tribunal llega. Más bien parece aludirse a un juicio global del comportamiento, sin intentar siquiera alguna dosis de concreción. Así, por ejemplo, cuando se dice que una máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente o que el extintor caducado se hallaba abandonado.

d) Hay casos en que, para fundar la existencia de culpa, el tribunal afirma que existían específicos deberes, pero se trata de deberes que nadie podría fácilmente reconocer o, al contrario, que resulten perfectamente discutibles. En algún trabajo anterior cité en este sentido, el caso de la suicida de Zaragoza, en que el tribunal situó la culpa en el hecho de que la habitación en la que la paciente había sido colocada (que se encontraba en la planta baja) después de ser sometida a un lavado de estómago carecía de verjas. Naturalmente, las verjas hubieran impedido el suicidio que se produjo cuando la joven se arrojó por la ventana, pero no se explica bien si todas las ventanas de todos los hospitales deben tener rejas o qué pueda ocurrir en todos los hospitales que tengan rejas cuando se produzca un incendio.

También en alguna ocasión anterior he contado la sentencia sobre lo que podríamos llamar el incendio próximo a la autopista Villalba-Villacastín. Como es sabido, cuando se produce el incendio de los alrededores de una autopista de una carretera, los automovilistas frenan casi inconscientemente y si la carretera autopista se encuentra en ese momento abarrotada la colisión en cadena es casi inevitable.

La sentencia en cuestión llegaba a la conclusión de que había responsabilidad de la empresa concesionaria de la autopista, porque ésta no tenía un empleado especialmente dedicado a atender a los problemas que tales sucesos pueden ocasionar, sin preguntarse siquiera cuáles podían ser las condiciones de la concesión o por qué debe un tribunal incidir en la política de una empresa o cual es la política laboral de la empresa o las posibilidades de incendio en las proximidades.

e) Finalmente, podemos encontrar casos y sentencias en las que los tribunales se cuidan de puntualizar si los demandados tenían o no deberes en una determinada situación y cuáles en concreto podían ser éstos. En este sentido me parece paradigmática la sentencia de 29 de julio de 1998 en el caso del anestesiólogo.

No puedo ni quiero ocultar mi simpatía hacia ella y mi propensión a compartir los puntos de vista que en esta sentencia aparecen y, por el contrario, la renuencia a aceptar los demás, pero éste es un tema que tiene que quedar todavía abierto.

4. LA CULPA COMO DESVIACIÓN DE UN MODELO Y EL PROBLEMA DE LA CONSTRUCCIÓN DE ÉSTE: LOS USOS COMO MODELO DE CONDUCTA

En términos generales, puede existir acuerdo en orden a que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o de un estándar, si se prefiere hablar así. La cuestión pasa a ser entonces, cómo se construye el modelo y cómo se enjuicia la desviación.

Al estudiar la costumbre como fuente del Derecho y, en relación con ella, los usos de los negocios o usos sociales y sus diferentes funciones dentro del ordenamiento jurídico, Federico de Castro (*Derecho Civil de España*, tomo I, parte general, p. 400) hablaba de los «usos como modelos de conducta», señalando que los usos son en ocasiones utilizados por la ley como modelos de conducta social, que señalan el tipo de conducta que una persona debe tener, o el límite de una actuación que no puede sobrepasar lícitamente. De Castro recordaba que en Francia –y en España, Valverde–, se había utilizado, sin apreciable ventaja, el término «estándar», como medida de una conducta social concreta. De Castro recordaba que en ocasiones las leyes hacen remisión a los usos y costumbres locales, como el comportamiento normal dentro de una localidad y, por consiguiente, con un valor de ejemplaridad. En este sentido, se pueden recordar las normas sobre las podas en los montes (art. 485), o las

que se refieren a los llamados regalos de costumbre no sometidos a colación. El mismo recordado maestro, situaba dentro de ese capítulo de los usos como modelos de conducta, los módulos para precisar si ha habido diligencia o negligencia en el cumplimiento de la obligación contractual y extracontractual.

El problema que plantea la construcción del modelo por la vía de los usos, es que no se termina de saber bien el alcance que de la idea de usos se da. La primera posibilidad es que los usos sean entendidos como «mera facticidad» denotando lo que en la realidad es usual que se practique en un determinado ámbito de actuación. Si así fuera, el concepto no resulta especialmente útil, porque bastaría que estadísticamente una alta proporción de individuos en el sector sean descuidados, para que el modelo se construya a partir de ese dato.

La segunda posibilidad es que los usos no se conciben como «mera facticidad», sino que se introduzca en ellos algún contenido normativo, por la vía de la convicción u *opinio iuris* sobre ellas. Mas en tal caso lo que define el modelo no es la facticidad estadística de su práctica, sino las reglas de conducta que los usos contienen. Que los usos pueden ser normas de conducta es algo que está a mi juicio fuera de duda, pero en tal caso son las reglas y no su fuente las que definen el modelo.

5. CULPA Y JUICIOS DE VALOR O DE DESVALOR

En un excelente artículo, dedicado a la teoría general de la culpa civil y publicado en la *Enciclopedia del Diritto*, Carlo Maiorca recordaba cómo, en orden a la definición de la culpa, existen en la teoría general dos puntos de vista contrapuestos e inconciliables. Simplificando mucho el extenso razonamiento del autor citado, se podría decir que por un lado existe una posición voluntarista, que es de inspiración iusnaturalista, y, por otra, una posición formalista, que es de derivación kelseniana. O dicho en otros términos: hay una concepción normativa y otra antinormativa. También de otro modo, se podría llamar a la concepción antinormativa, valorista e imperativista a la normativa. Y así frente a quienes consideran el Derecho como norma o mandato sancionador se encuentran quienes encuentran en él un juicio hipotético, de contenido no estrictamente imperativo, que lo que hace es viabilizar una determinada valoración. Me parece obvio que la mayor parte de quienes han tratado de delimitar el concepto y de quienes lo aplican se encuentren más cerca del modelo valorista que de cualquier otro. Se encuen-

tran, por supuesto, en esta línea los sostenedores del llamado «reproche culpabilístico» y los que tratan de dotar a la noción de culpa de un fundamento ético o quienes hablan como J. Santos Briz de una concepción social de la culpa o de la culpa como «conducta socialmente desaprobada y reprochable» (*vid.* «Comentario del artículo 1902», en el *Comentario del Código civil*, de M. Albaladejo). A mi juicio, el argumento más fuerte frente a este tipo de posiciones doctrinales es que constituyen una renuncia a dibujar el modelo de cuya desviación estamos tratando, que sólo resulta conocido *a posteriori* tras el debate dialéctico entre juicio de desvalor y juicio de valor o, dicho de otro modo, sólo a partir de un juicio de desvalor se puede llegar a conocer lo que el modelo debió de haber sido. Me parece claro también que una concepción que no sea normativa introduce en cualquier debate sobre la materia una inmensa dosis de inseguridad. Todo ello aconseja, en mi opinión, la adopción de la denominada posición normativa o normativista.

6. LA EXISTENCIA DE UNA SITUACIÓN DE DEBER: LA DUTY SITUATION COMO PREMISA DEL ENJUICIAMIENTO DE LA CULPA

Si se adopta, como hemos hecho en las líneas anteriores, una posición normativista, al tratar de averiguar si se ha incurrido en culpa es preciso antes de nada decidir si el presunto culpable se encontraba en una situación que generara para él deberes respecto del perjudicado. Es ésta una cuestión en la que, probablemente por considerarla obvia, no se hace con frecuencia hincapié en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, aunque se pueden rastrear en ella casos y sentencias en que el punto relativo a las obligaciones existentes entre las partes aparece. Así, en la STS de 1 de febrero de 2001 se discutía la posible responsabilidad del arquitecto director de una obra por el fallecimiento de un operario del contratista que se había caído desde un andamio que estaba falto de redes protectoras. La sentencia dice categóricamente que el arquitecto superior, director de la obra, no tiene como función, ni es obligación suya, controlar las medidas de seguridad del trabajo, pues ésta es obligación inserta en la relación laboral entre empresa contratista y trabajador y no atañe al arquitecto que interviene en la obra como profesional. Y, añadimos nosotros, normalmente al servicio del *dominus operis*. La sentencia citada dice que reitera doctrina que se encontraba ya en las anteriores sentencias de 22 de noviembre de 1971 y 27 de noviembre de 1993. Sin embargo lo cierto es que en la primera de

las dos referidas sentencias, la de 1971, el arquitecto había sido condenado por el Tribunal *a quo* (y se desestimó el recurso de casación) por los daños producidos en un edificio colindante. La sentencia de 1971 dice que la diligencia del arquitecto director de las obras no es la de un hombre cuidadoso, sino la obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía, técnica y profesional que implica su intervención que incluye, entre sus deberes, el conocimiento de las peculiares condiciones del terreno y el cálculo de las cargas. En el caso concreto, además, la responsabilidad se le impone precisamente porque fueron estas dos razones las que provocaron alteraciones dañosas en los edificios colindantes.

En la STS de 27 de noviembre de 1993, donde se había producido la rotura de un andamio, la responsabilidad se impuso al contratista y a los arquitectos técnicos. En la sentencia se dice, en efecto, que no entraba dentro de las específicas funciones del arquitecto superior (que se concretan en la realización del proyecto y ejecución de la obra) la de comprobar el concreto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad reglamentarias. Esta sentencia de 27 de noviembre de 1993 estimó el recurso del arquitecto y casó, en lo relativo a su responsabilidad, la sentencia recurrida. Confirma esta sentencia la idea de que es legítimo hablar de deberes de diligencia y de que hay que preguntarse en cada caso si existían o no y sobre qué persona pesaban. Por ejemplo sí el contratista o el arquitecto técnico, pero no el arquitecto director.

La necesidad de que exista una situación de deber para que la acción de indemnización de daños pueda prosperar ha sido vigorosamente afirmada por el Derecho inglés. En palabras de Lord Wright («Grant v. Australian Knitting Mills Ltd.», 1936) es esencial en el Derecho inglés que se establezca el deber: el mero hecho que un hombre sea lesionado por el acto de otro no da, por sí mismo, acción; aunque el acto sea deliberado, la parte lesionada no tendrá acción por la lesión intencional, mientras la otra parte se encuentre ejerciendo un derecho; y si el acto supone una falta de cuidado, tampoco podrá prosperar la acción salvo que exista el deber de ser cuidadoso. Se suele señalar, además, que la situación de deber tiene que producirse en relación al tipo de personal a que pertenezca el demandante y el demandado y al tipo de daño respecto del cual el demandante pretenda la indemnización. En este sentido hay que recordar también la afirmación de Lord Atkins: una situación de deber solamente existe cuando el tipo de daño, la producción del mismo por falta de cuidado y los tipos de personas a las que y por las que se produce se encuentran reconocidos por la ley.

Es cierto que la definición de una situación de deber se encuentra muy estrechamente relacionada con la delimitación de los daños indemnizables. El Derecho inglés ha tenido una especial reluctancia a admitir la indemnización de las llamadas pérdidas puramente pecuniarias. Así en «*Cattle v. Stockton Waterworks, Co.*» los demandados habían colocado una tubería bajo una carretera. La tubería era defectuosa y el agua que se filtraba saturó un terraplén. El demandante tuvo que hacer un trabajo en el mencionado terraplén y en la carretera y la liberación del agua le impidió cumplir el contrato a tiempo lo que le produjo determinadas pérdidas. El tribunal lamentó tener que rechazar su acción y puntualizó que, si estimaba la demanda, tendría que hacer lo mismo con todos los trabajadores que perdieran dinero por retrasos. En «*Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*» los actores eran unos empresarios ganaderos que solían acudir a unas periódicas subastas de ganados y reclamaban al demandado la pérdida de seis días de negocio por la clausura de los mercados ocasionada por el brote de una enfermedad producida a su vez por el escape de un virus con el que la empresa demandada estaba experimentando. Los demandados suscitaron como cuestión preliminar que, aunque admitieran el escape del virus, la negligencia y la previsibilidad de la pérdida de los demandantes, no existiría un daño del tipo que la ley remedie a través de esta clase de acciones.

La cuestión reaparece todavía en «*White v. Johnes (1995)*» en que las hijas de una persona fallecida pedían responsabilidad a un abogado que, no obstante tener al efecto un encargo expreso, había dejado pasar seis semanas sin redactar un nuevo testamento que las beneficiaba, falleciendo entretanto el causante. Aunque en este caso el tribunal acogió la demanda partiendo de la idea de que existía una laguna legal, volvió a declarar que no hay acción por las pérdidas puramente financieras y que es precisa la existencia de un deber, que en un caso como aquél sólo podía reconocerse del abogado respecto de su cliente.

Para establecer, en líneas generales, la existencia de la situación de deber y sus perfiles, es muy importante averiguar primero si la producción del daño es imputable a una acción positiva o a una omisión. Por volver al Derecho inglés, en él se suele afirmar que no hay una responsabilidad general por omisiones o, como dijo Lord Goff en el anteriormente citado caso «*White v. Johnes*», es un principio general que no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones salvo que el demandado se encuentre bajo un deber preexistente. En nuestra opinión, la solución es la misma en el Derecho español, en el que este punto ha sido dejado en claro por el Código Penal de 1996. Sólo hay responsabilidad que sea con-

secuencia de una omisión imprudente cuando el que adopta ese comportamiento omisivo se encuentra en una previa situación de garante que puede ser, por supuesto, legal o negocial.

La cosa es distinta por lo que se refiere a los daños causados por los actos positivos. En términos generales puede y debe admitirse que existe un deber general de respeto de los bienes y derechos de la personalidad ajenos o de los derechos patrimoniales de carácter real, de manera que cada uno debe razonablemente contemplar el conjunto de personas que pueden quedar afectadas por sus actos. Si existe un deber de respeto respecto de las situaciones, que, en líneas generales pueden llamarse de derechos relativos o derechos de crédito es tema que pertenece a la definición del daño resarcible.

7. EL PROBLEMA DE LA ENTIDAD O GRAVEDAD DE LA CULPA: LA LLAMADA CULPA LEVÍSIMA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Supuesto que culpa no es un concepto monolítico, sino que resulta graduable, según su mayor o menor gravedad, la cuestión radica en determinar si el criterio que se utiliza, o se debe utilizar, en la responsabilidad civil extracontractual, es el estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, de manera que, sólo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad o si, por el contrario, cualquier tipo de culpa, incluso la llamada culpa levísima, sirve de fundamento a la responsabilidad civil. El problema ha sido replanteado, recientemente, por Manuel Albaladejo (*La Responsabilidad Civil Extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000), que ha defendido la tesis últimamente citada: quien causa a alguien culpablemente un daño extracontractual es responsable y debe indemnizarlo aunque su culpa hubiese sido levísima. En el trabajo de Albaladejo hay, sin embargo, más un acarreo de materiales y un resumen de opiniones de autores, algo así como un censo o un referéndum con cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo, que un afinado examen de argumentos. No obstante ello, debo decir inmediatamente que no cabe la menor duda en punto a que la llamada responsabilidad por culpa levísima posee una extensa tradición en el Derecho europeo occidental. Es, desde luego, la idea que parece haber dominado en la doctrina francesa. Así, Baudry-Lacantinerie y L. Barde (*Traité Théorique et Pratique du Droit Civil*, volúmen 13, p. 1.096) decían que en materia de delitos o de cuasi delitos, para que la falta sea tomada en consideración, no es necesario que se alcance un cierto

grado de gravedad. Se deduce así del artículo 1383 cuyo texto equivale a decir que la falta más ligera basta para que se incurra en la responsabilidad prevista por el artículo 1382. *In lege Aquilia et culpa levissima venit* este mismo era el principio de Domat (1.^a parte, libro II, título VIII, sección IV, núm. 1): «Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber u otras faltas parecidas, *por ligeras que puedan ser*, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta dio lugar a ellas». El legislador escribió la disposición del artículo 1383 para consagrar este mismo principio. Bertrand de Grenouille, en su discurso al Tribunalado y el tribuno Tarrible en su discurso ante el Cuerpo Legislativo reprodujeron la doctrina de Domat. El primero se expresó así: «Cabría preguntarse si esta consecuencia no es demasiado exagerada y si no hay algo de injusticia en castigar a un hombre por una acción que participa únicamente de la debilidad o de la desgracia y a la cual su corazón y su intención eran absolutamente ajenos. La respuesta a esta objeción se encuentra en este gran principio de orden público: la ley no puede colocar en la misma balanza al que se equivoca y al que sufre. Donde quiera que se apercibe de que un ciudadano ha experimentado una pérdida, examina si al autor le fue posible no causarla; y si encuentra en él ligereza o imprudencia, debe condenarle a la reparación del mal que ha hecho». Así, en nuestra materia, no hay razón para establecer una clasificación de las culpas ya que la menor de ellas engendra la responsabilidad.

La misma opinión aparece sostenida en la antigua doctrina italiana por Giorgi (*Teoría de las obligaciones*, traducción española, Madrid, 1929, p. 232). Según Giorgi, los comentaristas, partiendo del conocido pasaje de Ulpiano afirmaron que fuera del contrato, la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima (cita Noodt, *De lege Aquilia y Castellari, Della lex Aquilia*, Arch. Giur XXII, 330) y la sentencia de la Casación de Roma de 21 de noviembre de 1903, recogida en Foro italiano 1903, 1, 1381). En este orden de ideas, la mayor o menor gravedad de la culpa y, especialmente, la diferencia entre dolo y culpa pudo influir en el *quantum* de la indemnización, pero nunca eximir del resarcimiento. Así se deduce de los artículos 1382 y 1383 franceses y 1151 y 1152 italianos. En ellos, no solamente no se alude a la diligencia de un buen padre de familia, sino que ni aún se hace distinción entre culpa grave, culpa leve y culpa levísima. Por eso, los escritores y los jueces han opinado unánimemente hasta hoy que en la materia extracontractual toda culpa, cualquiera que sea su gravedad es suficiente para sujetar a responsabilidad civil. Poquísimos autores recientes han suscitado la duda de si la culpa

levísima es utilizable en este punto o si puede establecerse como límite de responsabilidad la diligencia de un buen padre de familia. Se discute, especialmente, si es posible introducir en los artículos 1151 y 1152 un límite que en ellos no está escrito, y se apunta que la disputa resulta académica ya que no se encuentra establecido con criterio científico lo que es una culpa levísima o la diligencia del buen padre de familia. Y —añade— cuando se ha dicho que todo el mundo en sus relaciones con sus semejantes, no derivadas de contrato está obligado a conducirse con la buena fe y la prudencia requeridas en una persona de bien y según sus condiciones morales, para no ofender a los demás, en teoría se ha dicho todo.

Frente a esa línea, en el Derecho anglosajón parece haberse admitido siempre la idea del *reasonable man* o, lo que es lo mismo, la determinación de la culpa por diligencia media.

La cuestión es muy difícilmente resoluble desde el punto de vista de una interpretación puramente textual de las normas legales, aunque hay datos, en los textos, a favor de la diligencia media. Así, es claro que, para los casos en él comprendidos, el artículo 1903 dice que «la responsabilidad que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon *toda la diligencia de un buen padre de familia* para prevenir el daño». Puede entenderse el precepto como una inversión de la carga de la prueba respecto de la diligencia *in vigilando* sobre «aquellas personas de quien se debe responder». Si así fuera, hay que entender que el parámetro de diligencia de un buen padre de familia tiene un alcance general. Es cierto, no obstante, que es posible entender que los artículos 1902 y 1903 cubren hipótesis diversas, el 1902 para la culpa por actos u omisiones propios y el 1903 para los actos u omisiones de las personas de quienes se debe responder, aunque es difícil explicar por qué para uno u otro grupo de casos se emplean diferentes estándares de diligencia. Desde el punto de vista de la interpretación jurídica, creemos que no puede darse especial valor o relieve al artículo 1089 CC, que, después de decir que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos u omisiones ilícitos, añade alguno en que «intervenga *cualquier género* de culpa o negligencia». Literalmente, no se refiere al grado de la culpa, sino al género de ésta (p. ej.: culpa en hecho propio, en hecho ajeno, *in vigilando*, etc.). Sea de ello lo que fuere, no es creíble que el artículo 1089, cuya función real es la de realizar una enumeración de las fuentes de las obligaciones, posea un especial valor normativo sobre la graduación de la culpa, más aún todavía si no se olvida que, en la materia extracontractual, el artículo 1093 se limita a efectuar una simple remisión.

Desde un punto de vista interpretativo un ulterior problema surge en punto a la posibilidad de trasladar la norma del párrafo segundo del artículo 1104 –diligencia de un buen padre de familia– indiscutible en materia de responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual. Hay que decir que la jurisprudencia no ha tenido empacho alguno en aplicar indiscriminadamente los preceptos generales de los artículos 1101 y siguientes en uno y otro campo, pero el probable punto merece ser examinado con un mayor vigor.

Situados en este punto los argumentos interpretativos podrían ser dos. Según el primero, es legítimo pensar que el legislador, al emplear los términos de culpa y negligencia en el artículo 1902 CC les quiso atribuir el mismo alcance que ya les había dado en el campo contractual, porque, en otro caso, hubiera debido decirlo. La conclusión es que no hay responsabilidad por culpa inferior a la ordinaria. El segundo argumento puede aproximarse al de la analogía, de manera que la expresión culpa del artículo 1902 se interpreta, por analogía en mismo sentido que la palabra tiene en la esfera contractual. Sin embargo, hay que reconocer que ninguno de los dos argumentos posee una fuerza decisiva: porque es ilusorio hablar de una voluntad del legislador, que se supone; y frente a la pretendida argumentación analógica se puede siempre decir que las dos situaciones contractual y extracontractual son diferentes y que no hay identidad de razón para decidir en uno y en otro lo mismo. Por eso, en este punto tiene razón Albaladejo (*op. cit.*, p. 45) cuando dice que sólo hay un precepto específico que obliga a la diligencia media en las obligaciones contractuales y una falta de precepto específico para la diligencia exigible en las extracontractuales.

Los argumentos tienen que tratar de buscar otros caminos, que pueden ser estos:

a) Se ha señalado alguna vez la relación existente entre el problema de la culpa levísima y la de la responsabilidad sin culpa o por riesgo, aunque sólo sea por el hecho de que uno y otro supuesto se aproximan extraordinariamente. Si hay algunos casos en que el ordenamiento prescinde de la culpa para establecer la responsabilidad, puede ser lógico entender que en los demás casos se contente con una culpa mínima. Sin embargo, frente a ello se debe objetar que responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo son dos institutos diversos, fundados en principios heterogéneos, partiendo de los cuales no es posible, ni legítimo llegar a ningún tipo de integración.

b) El segundo argumento se sitúa alrededor de la idea sobre el fundamento o la razón de que haya que exigirse mayor prudencia en la esfera extracontractual que en la contractual. De Cupis (*II*

Danno. Teoría Generale della responsabilità civile», Milano, 1954), que se hace eco de esta cuestión preguntándose la razón por la cual hay que considerar con mayor severidad la lesión de un derecho relativo, recuerda algunas palabras de Carnelutti, de Paladini y de Orlando Cascio. El primero decía: «No sé por qué la diligencia con que cada uno debe vigilar para no invadir la esfera ajena, debe ser diversa cuando se trata de respetar un derecho personal o uno real, un derecho relativo o uno absoluto». Y en otro lugar añadía: «Que se me demuestre por qué un derecho real ha de ser más cuidadosamente respetado que un derecho obligatorio». El segundo de los autores decía: «No se comprende que se pueda pensar que el propietario de una casa esté obligado a reparaciones más diligentes a fin de que no se arruine causando daños a las personas y cosas de los extraños que a la persona y a las cosas del inquilino». Y en la misma línea, el tercero de los autores citados decía: «No comprenderé que una compañía de transportes deba usar una atención mayor con un viajero clandestino carente de billete y una menor frente a aquellos que lo han adquirido regularmente y frente a los cuales se encuentra específicamente obligado».

Hay, todavía, otro argumento, cuya fuerza es, si cabe mayor. En la responsabilidad contractual existe violación de un compromiso especialmente asumido y no se ve la razón por la cual la diligencia a utilizar cuando alguien se ha comprometido haya de ser menor que la que deba utilizar frente a personas con las cuales no se tiene compromiso alguno. Naturalmente estos argumentos no pueden escapar a la atención de M. Albaladejo (*op. cit.*, p. 44), quien se limita a decir que, como quiera que quien causa el daño en la responsabilidad extracontractual «es alguien sin relación previa con el que la sufre», «por la falta de conexión anterior entre ambos no cabe calcular o pronosticar su posible falta de diligencia, ni haberse precavido contra ello, pactando incluso la responsabilidad por culpa levísima». Pero el argumento es endeble, y lo es por varios tipos de razones. Ante todo, no cabe olvidar que las normas legales, aunque sean dispositivas o supletorias, establecen los modelos de conducta que el legislador estima más justos o políticamente más oportunos. Por otra parte, no se explica bien cómo la idea que funda el argumento se aplica en aquellos casos en que se puede producir la coexistencia de ambos tipos de responsabilidad. Finalmente, elevar a categoría de principio la culpa levísima sobre la base de que no ha existido posibilidad de precaverse pactando otra cosa es argumento que se produce dentro de una notoria petición de principio.

c) No puede olvidarse que la diligencia que exonera de responsabilidad es, necesariamente, el modelo que el legislador pro-

pone. Además, para todos los que creen en la eficacia o función preventiva de las normas de responsabilidad civil extracontractual, tiene que ser, lógicamente, el modelo que el legislador trata de fomentar, porque considera que es el mejor para tratar de evitar los accidentes y, al mismo tiempo, para paliar los costos de éstos. Desde este punto de vista hay que decir enseguida que no tiene ningún sentido que el modelo que se proponga sea el que alguna vez se ha llamado el modelo del «hombre perfecto» o, como decía De Cupis, el modelo del hombre extraordinariamente meticuloso; porque, en efecto, si se parte de que hay responsabilidad por culpa levísima, el modelo de diligencia es el del hombre perfecto o sumamente meticuloso, como es lógico.

La culpa es levísima cuando sólo personas extraordinariamente cuidadosas adoptan normalmente el tipo de precauciones de que se trata. Hay que coincidir, necesariamente, en que no se explica bien el sentido que tiene proponer como modelo algo que sólo contadas personas hacen y, que por ello, tiene que ser estadísticamente muy reducido. Con un modelo semejante, además, no puede cumplirse la función de prevención e, incluso, puede decirse que se desincentiva por completo el modelo de la diligencia media pues si con ella nadie se exonera de responsabilidad, por qué se va a exigir lo máximo, lo más probable es que no se adopte ninguno.

d) Hay un último argumento de M. Albaladejo que conviene examinar. No hay razón –dice este autor– «para que nadie soporte un daño que no sea culpa suya, sino de otro aunque sea culpa levísima de éste». Más las cosas tienen varias lecturas como se dice ahora. Ante todo, se puede pensar que los daños los soporta el que los sufre salvo que exista alguna suficiente razón para trasladarlos a otro. Desde esta perspectiva lo que hay que buscar no es la razón para soportarlos, sino, a la inversa, la razón para trasladarlos. A ello se puede añadir, como ha sido observado por muchos estudiosos, que el ordenamiento no busca proteger a las personas frente a todos los riesgos que la vida social les pueda ocasionar. Hay, se ha dicho siempre, un margen de riesgo tolerado que es necesario para la vida social misma. Y hay, para todos los mortales que andan por el mundo, un riesgo generado por el hecho mismo de vivir, lo que se ha llamado por esto, «riesgo general de la vida». Estas sencillas observaciones, deshacen un argumento fundado más en consideraciones de justicia intuitiva o, si se prefiere, mucho más semejante a las optimistas razones de los iusnaturalistas clásicos que a las razones que surgen del análisis estricto del Derecho positivo y del análisis económico del Derecho.

