

## El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes

Pablo Salvador Coderch

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Carlos Gómez Ligüerre

Facultad de Derecho  
Universitat Internacional de Catalunya

274

*Sumario***1. El derecho de daños y su análisis**

- 1.1. De la compensación a la prevención**
- 1.2. Contratos, costes de transacción y derecho de daños**
- 1.3. Derecho de daños y ciencias sociales**
- 1.4. Los derechos españoles de daños**
- 1.5. Derecho judicial**

**2. Instrumentos para prevenir o minimizar daños o accidentes. Los costes de los accidentes y las funciones del derecho de daños**

- 2.1. Costes privados y sociales de los accidentes**
- 2.2. Precaución óptima y reducción de los costes de los accidentes**
- 2.3. Precaución unilateral y bilateral**
- 2.4. La minimización de los costes -primarios, secundarios y terciarios- de los accidentes**
- 2.5. Compensación de daños y responsabilidad civil**
- 2.6. Prevención de daños**
- 2.7. Demarcación de conductas y libertad de actuar**
- 2.8. La función expresiva del derecho de daños**

**3. Bibliografía**

## 1. *El derecho de daños y su análisis*

Todos hemos causado o sufrido un accidente en algún momento de nuestra vida. En la mayoría de las ocasiones, una vez causado el accidente, hemos comprobado que alguien (el causante, la víctima o un tercero) podría haber hecho algo para evitarlo o reducir su gravedad: ser más precavido, hacer lo que no hizo o no hacer lo que hizo. En función de la gravedad del accidente y de lo que costaría haberlo evitado el ordenamiento impone la obligación de reparar. La comunidad acude al derecho para decidir si la víctima ha de cargar con el daño que ha sufrido o si éste daño puede ser imputado a su causante.

Supongamos que dos personas se ven implicadas en un accidente y que la parte perjudicada intenta recuperar los daños originados por el causante. El primero realiza una actividad, por ejemplo, circular por la carretera, y la víctima realiza otra relacionada con ésta, por ejemplo, cruzar la calle. El causante puede adoptar diferentes niveles de precaución al llevar a cabo su actividad: puede respetar o no la velocidad máxima permitida, puede observar con más o menos atención la circulación y puede mantener en mejor o peor estado su vehículo. La víctima, a su vez, puede también adoptar diversos niveles de cautela: puede cruzar la calle por un paso de peatones o hacerlo imprudentemente y puede observar las dos direcciones de la calzada antes de cruzar y asegurarse de que no se acerca ningún vehículo. Si el accidente finalmente se produce, el relato de los hechos demostrará que alguien no hizo lo que debía o, en el peor de los casos, no estaba donde le correspondía en el momento oportuno.

El derecho de daños contribuye a reducir los costes de los accidentes decidiendo quién ha de cargar con sus consecuencias. Emprende, así, la difícil tarea de evitar o reducir las consecuencias de los accidentes por el procedimiento de imputar sus consecuencias a alguno de sus responsables. Es una tarea compleja, que puede ser muy fácil en algunos casos pero muy difícil en otros, como bien muestran los casos siguientes:

1. El primero es el resuelto por la STS, 1<sup>a</sup>, de 26.9.1997 (Ar. 6458). La víctima, una mujer de edad madura, se sometió a principios de año 1984, a una operación de extirpación de un quiste ovárico en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. Un tornillo minúsculo (4x3 mm.) se soltó de uno de los aparatos empleados durante la intervención. Ni el cirujano ni sus ayudantes se percataron de ello y la presencia del tornillo en el abdomen de la víctima fue detectada casualmente tiempo después en unas radiografías practicadas con motivo de un accidente doméstico. En junio de 1987, operaron de nuevo a la actora para retirarle el tornillo que, tras más de tres años en el interior de la víctima, se había adherido al útero. Fue preciso practicar una histerectomía. La víctima demandó al cirujano de la primera intervención y al Instituto Nacional de Salud (INSALUD) del que dependía. En la demanda solicitaba una indemnización de 60.000 euros, que le fueron concedidas por la primera instancia. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo desestimaron el recurso presentado por el INSALUD.

Cinco años después, en la STS, 1<sup>a</sup>, 29.11.2002 (Ar. 10404), la Sala Primera del Tribunal Supremo volvió a resolver un caso similar. En esta ocasión, un hombre de 34 años de edad hubo de ser intervenido de nuevo tres meses después de una operación en la médula espinal porque el cirujano había olvidado una gasa alrededor de la columna

vertebral del paciente. Las adherencias y la segunda operación dejaron a la víctima incapaz para sus ocupaciones habituales. En la demanda, que fue desestimada por las instancias, se solicitaban 240.404,84 euros. Finalmente, la casación concedió al demandante 120.000 euros, la mitad de la indemnización solicitada.

Ambos son casos claros de negligencia y en los que la víctima nada pudo hacer para evitar el daño que finalmente sufrió. Es intuitivo suponer que la decisión de los magistrados de nuestro Tribunal Supremo es correcta. Después de la lectura de este trabajo esperamos que el lector tenga algo más que intuiciones para valorar las decisiones de nuestros jueces y tribunales. El siguiente caso plantea más dificultades para identificar a los responsables de los daños sufridos por la víctima y concretar las medidas que podrían haberse adoptado para evitarlos.

2. Una mañana del mes de marzo de 1992, la víctima esperaba la llegada del Metro en la estación de la calle Rocafort de Barcelona. El convoy llegó, abrió las puertas y la abigarrada muchedumbre que esperaba en el andén se abalanzó hacia el interior de los vagones. Empujada por el resto de viajeros, la víctima cayó al suelo y sufrió lesiones de gravedad por las que reclamó un total de 37.743,55 euros a la entidad "Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA" gestora del servicio público de transporte por metro en la ciudad de Barcelona cuando de produjo el accidente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la víctima contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la primera instancia y concedió una indemnización de 28.518,02 euros con cargo a la entidad demandada. La STS, 1<sup>a</sup>, 3.12.2001 (Ar. 9856), que puso fin al proceso, desoyó los argumentos de "Ferrocarril Metropolità" y convalidó la condena decidida por la Audiencia de Barcelona.
3. El tercer caso que presentamos manifiesta las dificultades de atribuir responsabilidades al titular de una organización por los daños causados por un tercero ajeno a su ámbito de influencia. Se trata del caso finalmente resuelto por la STS, 1<sup>a</sup>, 1.4.1997 (Ar. 2724). La demandante entró en el local que albergaba un cajero automático de la entidad bancaria demandada. El seguro de la puerta estaba roto y un atracador, que estaba al acecho, entró en el local cuando la víctima ya había tecleado el número secreto de su tarjeta de crédito. Forcejearon y el atracador sacó una navaja con la que hirió a la actora. La víctima reclamó 90.152 euros a la entidad bancaria titular del cajero automático. En primera instancia, su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de la víctima.

En ocasiones, quien causa el accidente es su víctima. En otras, el responsable nada tuvo que ver con el accidente que motiva finalmente su responsabilidad. En algunas, la víctima carga con las consecuencias del daño que sufre. La imputación de daños no depende siempre del relato causal. Así lo confirman los casos siguientes.

4. La STS, 1<sup>a</sup>, 31.12.1997 (Ar. 9195) condenó a la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) por la muerte de dos menores de edad quienes, durante las fiestas mayores del pueblo de Manzanares (Madrid), jugaban con sus compañeros a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado varias veces los hechos al Ayuntamiento de Manzanares que había ordenado vigilar la zona durante unas horas al día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el primero, cuando un Tren Expreso que circulaba a 130 km/h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron únicamente a RENFE y al Ayuntamiento a pagar 36.061 euros a cada uno de los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la compañía ferroviaria. La actividad de los jóvenes, en absoluto justificable, era conocida y debían haberse adoptado todas las medidas necesarias, incluso la parada del convoy a su paso por el pueblo, para evitar daños como el que sucedió.
5. El demandante en el proceso que resolvió la STS, 1<sup>a</sup>, 10.10.1998 (Ar. 8371) era un trabajador de una empresa de productos congelados a quien una máquina termoselladora le amputó la mano derecha. Inmediatamente después del accidente, la enfermera de la empresa acudió al lugar de los hechos para atender al trabajador, cortó la hemorragia e instruyó a un compañero del trabajador para que envolviera la mano traumáticamente amputada en hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, el compañero de la víctima metió la mano amputada en una caja de *porexpan* llena de dióxido de carbono sólido, comúnmente conocido como hielo seco, de las que utilizaban para el transporte de productos congelados, pues pensaba que procuraría una mejor conservación de la mano. Cuando la víctima fue ingresada en el centro sanitario los tejidos de la mano amputada estaban destruidos por congelación y no fue posible practicar el implante. El trabajador quedó manco de por vida y demanda a la empresa y a la enfermera de la misma por no haber comprobado cómo se trasladó la mano amputada al hospital. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la concesión de 120.202 € que el demandante reclama, pero el Tribunal Supremo condenó a la enfermera a pagar una indemnización de 9.015 euros. La enfermera no fue del todo diligente y es responsable de la pérdida de las expectativas de un reimplante exitoso.
6. Un último caso que muestra la complejidad creciente de imputar las consecuencias de un accidente es el resuelto por la STS, 1<sup>a</sup>, 17.10.2001 (Ar. 8639). Un joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego y cuando cruzaba un desfiladero de especial dificultad, el “Paso del Embudo” en el término municipal de Murillo (Zaragoza), cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto. Poco después, el padre de la víctima demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales posteriormente archivadas. En el

pleito civil, las sentencias de las instancias desestimaron la demanda. Igual suerte corrió el demandante en casación.

### **1.1 De la compensación a la prevención**

Indudablemente, cuando nació el derecho de daños en los Códigos europeos del siglo XIX, las pocas normas que dedicaron a la materia tenían como finalidad inmediata compensar los daños sufridos por las personas y causados, fundamentalmente, por negligencia.

Así es de forma señalada en el artículo 1382 del *Code francés de 1804*: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute dequel il est arrivé, à le réparer;* y en el artículo 1902 del Código civil español de 1889: *El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Las reglas que dieron rango legal a la obligación de reparar los daños causados se han manifestado insuficientes para atender los problemas que han de resolver. Así, y desde una perspectiva meramente cuantitativa, en España, y durante el año 2003 se causaron 1.818.836 accidentes de trabajo en los que fallecieron 1.485 trabajadores y 3.443 accidentes de circulación en carretera, que causaron 4.029 muertes. La cláusula general de los códigos decimonónicos no puede ya dar razón de la diversidad de accidentes y daños por los que se reclama una indemnización.

Con el tiempo han evolucionado otros mecanismos que compensan mejor: de forma más rápida y más baratos de gestionar. Tal es el caso, por ejemplo, de los seguros privados o de los sistemas públicos de subsidios. Queda sin embargo para el derecho de daños la difícil misión de prevenir accidentes pues el accidente que nunca ocurrió es el más fácil de compensar.

Básicamente, el derecho de daños persigue que cada cual cargue con sus responsabilidades y que sus actividades no repercutan negativamente en los demás más allá de lo que la comunidad considera tolerable. Cuando los potenciales causantes asumen los costes de los perjuicios que causan tienen incentivos para adoptar las medidas de precaución necesarias para evitarlos. Se trata, en definitiva, de minimizar las influencias negativas que la actividad de una persona pueda tener en el bienestar de los demás.

#### *Daño, externalidades y bienestar*

Las influencias pueden ser buenas o malas y en economía del bienestar se denominan externalidades positivas y negativas. Las externalidades pueden surgir entre los productores, entre los consumidores o entre los consumidores y los productores. Son negativas cuando la acción de una de las partes impone costes a la otra. Son positivas cuando la acción beneficia a la contraparte. Así, la construcción de una carretera puede generar beneficios para los habitantes de las poblaciones que une, pero fácilmente perjudica a los propietarios de los terrenos por los que discurre y sus colindantes. De igual forma, el amo de un perro disfruta de su compañía y los vecinos soportan sus ladridos.

Una característica que acompaña a las externalidades es que su influencia -positiva o negativa- no se refleja en el precio de los bienes o servicios que las generan. Por este motivo, las partes carecen de incentivos para alcanzar el nivel de producción que mantiene las externalidades en un nivel socialmente óptimo.

El nivel de producción será tendencialmente inferior al óptimo para las actividades que generan externalidades positivas e inferior al óptimo social para las actividades acompañadas de externalidades negativas. Dicho de otro modo, el beneficio marginal del productor o consumidor de un bien o servicio que genera una externalidad positiva es inferior al beneficio marginal que representa para la colectividad. Lo mismo ocurre con las externalidades negativas: el coste marginal de quien las genera es inferior al coste marginal que la actividad en cuestión representa para la comunidad. En definitiva, unos y otros tenderán a mantener el nivel de actividad en un grado distinto del socialmente deseable.

Por ejemplo, existe una externalidad negativa cuando una empresa vierte residuos al río del que dependen los pescadores de la zona. Cuanto más produzca la empresa, más residuos verterá y menos peces quedarán en las aguas contaminadas. Sin embargo, la empresa no tiene incentivos para tener en cuenta los costes externos que impone a los pescadores cuando toma sus decisiones de producción. Por otra parte, no existe ningún mercado en el que estos costes externos puedan reflejarse en el precio de los bienes que produce la empresa contaminante. Existe una externalidad positiva cuando el propietario de una vivienda la pinta y ajardina el solar que la rodea. Sus vecinos resultarán probablemente beneficiados de esta actividad y, sin embargo, la decisión del dueño de la vivienda no ha tenido en cuenta tales beneficios.

Los efectos de una externalidad pueden ser ampliados (para las positivas) o reducidos (para las negativas) mediante la asignación de derechos de propiedad o mediante la intervención directa del Estado. Cuando una y otra son imposibles de poner en práctica, la solución al problema de las externalidades está en el derecho de daños.

Un daño, a los efectos que aquí nos interesan, es una externalidad negativa que no puede ser distribuida mediante una reasignación de los derechos de propiedad o una intervención directa y general del Estado. La mejor forma de evitarlo es diseñar reglas que aseguren que quien lo causa asuma los costes de su evitación y de las gestiones necesarias para ello.

## 1.2. Contratos, costes de transacción y derecho de daños

En algunas ocasiones, las partes afectadas, por activa o por pasiva, por una actividad que genera externalidades pueden llegar a un acuerdo. Pero en otras, la solución es impuesta por el Estado que desincentiva externalidades negativas haciendo pagar a quienes las generan un canon, tasa o impuesto o incentiva externalidades positivas mediante subvenciones.

Así, el legislador procura favorecer la creación de entidades sin fines lucrativos y su mecenazgo o las inversiones en investigación y desarrollo mediante incentivos fiscales; pero intenta desincentivar el consumo de bebidas alcohólicas o de tabaco con la imposición de impuestos que gravan su fabricación y su consumo.

Si los implicados en una actividad son escasos y entran en contacto de forma habitual, nadie mejor que ellos mismos para atajar las externalidades negativas. En esos casos, la solución de conflictos individualizables viene de la mano del derecho de contratos. Si, en cambio, el número de participantes en la actividad es elevado y sus encuentros inusuales, la solución no puede dejarse en manos de los causantes y víctimas potenciales de externalidades negativas (en términos legales, de los daños): la solución está en la regulación y control públicos de la actividad y en el derecho de daños.

El ordenamiento jurídico impone la responsabilidad contractual para la protección de intereses limitados a las partes de una relación jurídica. Los derechos penal y administrativo protegen intereses públicos y su aplicación corresponde al Estado. Es necesario un sector del ordenamiento que tenga por objetivo básico la compensación de los daños que sufren las personas en sus bienes –patrimoniales y no patrimoniales– e intereses legalmente reconocidos. Este sector es el derecho de daños y a su estudio vamos a dedicar este trabajo.

### *La sociedad del riesgo*

Algunos riesgos pueden evitarse, otros sólo pueden reducirse y unos cuantos deben soportarse pues acompañan a actividades que consideramos indispensables. No es fácil, sin embargo, caracterizar la noción de riesgo. Si la desgracia es inevitable y nada se pudo hacer para evitarla, el daño será un infortunio por el que nadie debe responder. Si, por el contrario, el daño se percibe socialmente como fruto de acciones u omisiones humanas, la víctima o sus descendientes reclamarán una reparación. La cuestión no es tanto si los peligros de nuestra era científico-tecnológica son mayores o menores que los del pasado, sino que hoy los peligros son habitualmente imputados a acciones y decisiones humanas y, por tanto, se les otorga la forma de riesgos por los que alguien debe responder.

El progreso social y tecnológico ha acabado con muchos de los riesgos que han acompañado durante siglos las vidas de los hombres, pero también ha generado la aparición de situaciones en las que existe una probabilidad creciente de sufrir un daño. Vivimos más y mejor que nuestros antepasados pero toleramos peor los riesgos asociados a nuestra existencia.

### **1.3. Derecho de daños y ciencias sociales**

Quizá en mayor medida que cualquier otra disciplina jurídica, el derecho de daños es deudor de las teorías que aportan otras ciencias sociales, señaladamente la economía.

El derecho de daños fue una de las primeras ramas del derecho a las que se aplicó la teoría económica. Desde la publicación del artículo de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, publicado en el año 1960 en *Journal of Law and Economics* y que le valió el Premio Nobel en Economía en el año 1991, muchos autores han acudido a la economía para comprender la racionalidad de las reglas legales. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre el derecho y la economía: ambos comparten el objetivo de comprender la conducta humana, entender las instituciones sociales y mejorar su funcionamiento.

Las similitudes aconsejan adoptar la metodología propia de las ciencias sociales y distinguir dos niveles de análisis:

- a) En un primer nivel, que denominaremos positivo o descriptivo, el objetivo es entender el mecanismo de las reglas legales que imponen la responsabilidad a tal o cual participante en un accidente que causa daños.
- b) Un segundo nivel, normativo, evalúa la bondad de las reglas legales en función de su grado de eficiencia económica.

Así, por ejemplo, el primer nivel, positivo, se pregunta por las reglas de responsabilidad asociadas a la causación de accidentes de circulación, su influencia en el número de accidentes causados, su capacidad

para compensar a las víctimas y los costes de gestión que suponen. Un segundo nivel, normativo, analiza si esas reglas son las mejores desde el punto de vista de la eficiencia económica para evitar accidentes futuros y promueven la mejor de las sociedades posibles mediante la generación de incentivos a adoptar niveles de precaución máximamente eficientes.

Lo importante es poner de relieve la independencia entre el análisis de las consecuencias y el de la valoración de éstas como segunda tarea autónoma. La primera es teórica y empírica. La segunda es normativa.

El objetivo es explicar el funcionamiento de las reglas de responsabilidad y predecir sus efectos sobre las actividades de los hombres y mujeres a quienes se aplican. Para ello, las ciencias sociales, y de forma muy señalada la economía, construyen y aplican modelos. Las ventajas de los modelos consisten en que permiten tratar conjuntamente cuestiones positivas y normativas pues presentan de forma conjunta el comportamiento humano, las reglas legales y los efectos que un cambio de reglas tendrá en los comportamientos futuros.

#### *El modelo*

Sea  $x$  el grado de prudencia que elige el causante, por ejemplo, la velocidad a la que conduce su automóvil. En general, adoptar precauciones será más costoso para él. Medimos ese coste por medio de  $ci(x)$ . Para el conductor del automóvil,  $ci(x)$ , podría medir, por ejemplo, el valor del tiempo perdido por conducir despacio. Cuanto más tiempo esté dispuesto a perder, mayor será  $ci(x)$  que es, por tanto, una función creciente.

Sea  $L(x)$  la pérdida que espera experimentar la víctima si el causante elige el nivel de precaución  $x$ . Probablemente, cuanto mayor sea este nivel, menor serán las pérdidas esperadas por la víctima, por lo que es de esperar que  $L(x)$  sea una función decreciente de  $x$ .

El objetivo social no es sólo indemnizar a la víctima, sino minimizar las pérdidas totales asociadas a la evitación del accidente. Los costes sociales de evitar el accidente son la suma de las precauciones adoptadas y de los daños esperados. La función social es, por tanto,  $\min ci(x) + L(x)$ .

Este planteamiento nos lleva a asumir la condición que debe cumplir el nivel socialmente óptimo de precaución, que es el que minimiza los costes sociales de los accidentes: el coste marginal que tiene para el causante el aumento del nivel de prevención debe ser igual al beneficio marginal que tiene para la víctima una conducta más prudente.

El **análisis positivo** adopta como paradigma el individuo racional. Los individuos se enfrentan a disyuntivas: quien pone en marcha una actividad que puede causar daños tiene que decidir si actúa con más o menos cuidado y el volumen de actividad que piensa desplegar. Quien sabe que puede sufrir un daño debe decidir si asume tal o cual riesgo o si está dispuesto a cambiar seguridad por renunciar a los beneficios de participar en una actividad arriesgada. Los individuos pueden tomar mejores decisiones pensando en términos marginales. Marginal es, en economía, sinónimo de adicional. Cuánta seguridad gana un individuo que invierte un euro más en medidas de precaución o cuánto pierde quien decide ahorrar un euro en la adopción de las medidas de seguridad que le previenen contra daños futuros son preguntas que hacen referencia a los efectos marginales de las decisiones humanas. Una persona toma una decisión racional si y sólo si el beneficio marginal es superior al coste marginal.

Los orígenes sobre la toma de decisiones en situaciones de riesgo están vinculados al desarrollo de la teoría de la probabilidad. Se dice que la aprensión que experimentan muchas personas por los truenos es irracional puesto que el temor al daño debería ser proporcional no tan sólo a la gravedad del perjuicio sino también a la probabilidad del suceso y como casi no hay ningún tipo de muerte más infrecuente que la muerte por una tormenta de truenos, difícilmente haya una que debiera ocasionarnos menos miedo. El cálculo de probabilidades es una guía para el comportamiento racional.

El paradigma del individuo racional, propio del análisis neoclásico, ha sido puesto en cuestión con razones de peso por la psicología, que muestra cómo los individuos estamos afectados por sesgos cognitivos claros. Así, sobrevaloramos unos riesgos e infravaloramos otros. Por ejemplo, tendemos a exagerar la intensidad del riesgo de sufrir o de ser víctimas de un accidente aéreo, pero propendemos a despreciar la probabilidad y gravedad de sufrir un accidente de automóvil<sup>1</sup>.

El modelo al que se ajusta el **análisis normativo** es el de la búsqueda del bienestar social. Conforme a ese modelo afirmaremos que una regla es superior a otra si procura un bienestar social superior a cualquiera de sus alternativas.

Es importante señalar que el análisis normativo es condicional pues depende del tipo de bienestar social que se persiga. Así, si el objetivo de una sociedad es minimizar la causación de accidentes de circulación será deseable una regla que imponga castigos severos a los automovilistas descuidados. Si, además, el objetivo es aprovechar al máximo los beneficios sociales de la circulación rodada quizá deban adoptarse medidas que promuevan comportamientos precavidos en los causantes y víctimas potenciales de accidentes de circulación.

El análisis económico del derecho permite plantear ambos tipos de cuestiones -descriptivas y normativas- y explicar el funcionamiento del derecho de daños y las ventajas que presenta respecto a sus alternativas inmediatas. Así, la perspectiva del derecho de daños permite analizar su influencia en el bienestar de las sociedades a las que se aplica pues:

- a) Incentiva a los dañadores potenciales a adoptar precauciones tendentes a reducir riesgos de accidentes.
- b) Asigna el riesgo de las pérdidas causadas por los accidentes imponiendo deberes de compensarlas, asignación que es valorada positivamente por las víctimas que presenten aversión al riesgo.
- c) Asigna igualmente los costes de gestión del sistema contractual, legal y judicial de la responsabilidad civil.
- d) Afecta a la distribución de la renta en aquéllos casos en que los grupos de causantes y de las víctimas de los accidentes son distintos y tienen también niveles de renta diferentes.

---

<sup>1</sup> Véase Cass R. SUNSTEIN, Daniel KANEHMAN, Reid HAISTIE, David A. SCHKADE, John W. PAYNE y W. Kip VISCUSI (2002), *Punitive Damages. How Juries Decide*, Chicago, The University of Chicago Press y Sarah LICHTENSTEIN et al., *Judged Frequency of Lethal Events*, 4 J. Experimental Psychology: Human Learning and Memory 551 (1978)).

#### 1.4. Los derechos españoles de daños

Hasta aquí, en esta breve introducción, hemos hablado de un derecho de daños ideal. Descendamos ahora a la realidad y comprobaremos que en España, a diferencia de lo que sucede en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, el derecho de daños está fragmentado en cuatro regulaciones materiales, cuatro regulaciones procesales y cuatro jurisdicciones competentes.

Así, y aunque la norma básica del derecho español de daños es el artículo 1902 del Código Civil de 1889, existen reglas de derecho de daños en los artículos 109 a 125 del Código Penal de 1995, en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en varias disposiciones laborales, especialmente en los artículos 42 a 54 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales; además de en muchas leyes especiales que tendremos ocasión de estudiar. Las reglas básicas, con todo, son las que inician las respectivas secciones o títulos de las leyes y códigos citados.

- Artículo 1902 del Código Civil de 1889:  
*El que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*
- Artículo 109.1 del Código Penal de 1995:  
*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.*
- Artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:  
*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*
- Artículo 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales:  
*El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.*

Un primer problema que plantea la multiplicidad de regulaciones consiste en que accidentes muy similares están sujetos a reglas materiales distintas y los litigios que se suscitan son conocidos por jurisdicciones también distintas que aplican reglas procesales diferentes.

Un segundo problema, muy relacionado con el anterior se plantea cuando un mismo accidente ha sido causado o sufrido por sujetos que acumulan más de uno de los criterios de distinción contemplados en la ley. Así, por ejemplo, es discutido si el trabajador que sufre un accidente puede, agotada la vía prevista por el derecho laboral, reclamar una indemnización de su empresario ante la jurisdicción civil. Pese a los esfuerzos del legislador por evitar este tipo de situaciones, sobre todo, en relación con las reclamaciones contra las Administraciones públicas y

el personal a su servicio, veremos que perviven en la práctica de nuestro derecho muchas situaciones en que caben dudas razonables sobre el derecho aplicable y la jurisdicción competente.

En el derecho español de daños se suscitó hace varios años el problema al que acabamos de hacer referencia. Nuestro derecho vigente prevé que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa, y con base en las normas administrativas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, puede condenar a una Administración a pagar una indemnización a la víctima del daño causado por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Sin embargo, no está previsto qué ocurre cuando la Administración titular del servicio público causante de daños contrata un seguro de responsabilidad civil y la víctima del daño acciona directamente contra la compañía aseguradora. Los Autos de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de 27.12.2001 y 21.10.2002, consideraron que es aplicable a RENFE el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pero que en los casos en que la víctima demande a RENFE y a su compañía aseguradora será la jurisdicción civil la que conozca del pleito. En la actualidad, el art. 9.4.2º y 3º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por el Artículo Único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye a los Jueces y Tribunales de lo contencioso administrativo el conocimiento de:

“[L]as pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante ese orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

Asimismo, el art. 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, modificado por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[...]

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

### 1.5. Derecho judicial

Los jueces aplican y desarrollan el derecho y si el demandante tiene derecho a percibir una prestación de la parte demandada y eventualmente condenada en el proceso o a beneficiarse de un comportamiento activo u omisivo que la sentencia que ponga fin al proceso exija al condenado. El derecho de daños no es una excepción. Los jueces y tribunales aplican y desarrollan las normas legales del derecho de daños. Sin embargo, como esas normas son pocas y excesivamente generales y con frecuencia existen dudas fundadas sobre qué derecho es el aplicable y qué jurisdicción debe aplicarlo, los jueces y tribunales representan en el derecho español de daños un papel más destacado que en otros sectores del ordenamiento jurídico español.

La demanda de tutela judicial depende de la decisión que adopten las partes de un conflicto en relación a la manera de resolverlo. Los sujetos afectados por un conflicto jurídico se enfrentan a la disyuntiva entre confiar a los jueces y tribunales la resolución de su disputa o intentar alcanzar un acuerdo entre ellos mismos que ahorre los costes y las molestias de un litigio. Existe una relación de sustitución entre ambas posibilidades, el juicio y el acuerdo. Cuanto más se encarezca o dificulte una vía, más se abarata relativamente la otra, que resultará, por tanto, más atractiva. Por ejemplo, la decisión de presentar una demanda es más probable si existen abogados que cobran al demandante sólo si ganan el juicio y menos probable cuanto mayor sea el porcentaje de insolvencia del causante del daño. Las partes elegirán pactar o litigar en función de los incentivos que provea el sistema para una u otra cosa. Este conjunto de incentivos afecta al valor que las partes esperan obtener del acuerdo o del litigio y hacen a uno más o menos probable que el otro.

Los incentivos que el derecho español de daños proporciona a las partes de un conflicto (causante y víctima de un accidente) no favorecen la transacción de los conflictos. La pluralidad de derechos aplicables y de jurisdicciones competentes y la variabilidad de las indemnizaciones concedidas o convalidadas en casos similares dificulta que las partes puedan valorar la ganancia o pérdida esperada y los riesgos asociados a un litigio. Desaparece el marco de referencia de la transacción: cuánto ganaré (o perderé) si rechazo ahora la oferta de acuerdo que ha formulado la contraparte. La tendencia es, por tanto, a sobrevalorar las posibilidades del pleito en detrimento del acuerdo privado. El derecho de daños es, sobre todo y en el ordenamiento jurídico español, un derecho judicial: construido por las decisiones de los jueces y tribunales. Con todo, se echa todavía de menos un grado de definición jurisprudencial que permita al justiciable prever razonablemente las consecuencias legales de sus actos y que facilite el acceso al procedimiento más efectivo, esto es, aquel que proporcione más tutela, más disuasión de daños futuros, que suponga menos conflictividad potencial y que requiera menos costes de gestión.

## ***2. Instrumentos para prevenir o minimizar daños o accidentes. Los costes de los accidentes y las funciones del derecho de daños***

### **2.1. Costes privados y sociales de los accidentes**

Los accidentes dañan a sus víctimas y a la sociedad. Así, un accidente de tráfico mortal siega la vida de una persona, pero además arranca un miembro a una familia y un ciudadano a un país; las emisiones de partículas polucionantes procedentes de la chimenea de una fábrica perjudican directamente a los vecinos que viven en su proximidad, pero también dañan al medio ambiente. Cuando, en este trabajo, hablamos de costes de los accidentes nos referimos siempre a todos los que causa un accidente, es decir, tanto a los estrictamente sufridos por sus víctimas directas, como a los que sufre la sociedad en su conjunto.

### **2.2. Precaución óptima y reducción de los costes de los accidentes**

Los costes de los accidentes pueden reducirse si sus causantes potenciales adoptan precauciones razonables. Así, cabe conducir un automóvil con prudencia -a velocidad moderada y haciendo pausas en la conducción de vez en cuando- y es posible instalar filtros en las chimeneas de las fábricas para suprimir o reducir las emisiones contaminantes, disminuir la actividad fuente de las emisiones mismas o, en el límite, dejar de llevarla a cabo.

Las personas actúan de forma más prudente, menos arriesgada, si saben que habrán de responder de sus actos que si no han de hacerlo así. Por ello, uno de los instrumentos obvios de que dispone la sociedad para reducir los costes de los accidentes es establecer y aplicar una regla según la cual los causantes potenciales de daños habrán de asumir los costes sociales de los accidentes que les sean imputables<sup>2</sup>.

Mas ¿cuánta precaución hay que adoptar?, ¿ninguna?, ¿toda la imaginable? ¿sólo la que sea razonable?, ¿qué significa, en este contexto, "razonable"?

Obviamente, los causantes potenciales de daños pueden prescindir de toda precaución, adoptar toda la del mundo -algo que, en la práctica, puede implicar abstenerse de realizar la actividad arriesgada de que se trate- o adoptar alguno de los infinitos grados intermedios: entre conducir un automóvil por la calle céntrica y concurrida de una gran ciudad a 120 Km./h. y resolver no hacerlo, hay muchos niveles intermedios de precaución. Como son siempre costosas, cuando preguntamos por las precauciones razonables debemos tener en cuenta simultáneamente, los costes sociales de los accidentes y los de las precauciones adoptadas para reducir los primeros: precaución óptima es la que minimiza la suma de gastos invertidos en precaución y costes de los accidentes.

---

<sup>2</sup> Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), *Economic Analysis of Law*, National Bureau of Economic Research, Working Paper nº 6960, <http://papers.nber.org/papers/w6960>, 3; Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA); Thomas J. MICELI (2004), *The Economic Approach to Law*, Stanford Economics and Finance, Stanford University Press.

En la **tabla 1** se recogen cinco modalidades de conducta cuyo coste es  $B$  (*burden*), desde una nada precavida (inversión en precaución igual a 0) hasta otra extremadamente precavida (inversión igual a 150). La columna  $PL$  (*probability x loss*) indica los daños probables que, pese a las precauciones adoptadas, el desarrollo de la actividad de que se trate produce. Finalmente,  $B + PL = SC$  (*social costs*) es, para cada fila, la suma de las anteriores y da razón de los costes sociales de la actividad. La tercera de las cinco variantes que recoge la tabla es la más ventajosa socialmente:

<b>B</b>	<b>PL</b>	<b>B + PL = SC</b>
0	150	150
25	75	100
50	25	75
75	20	95
150	15	165

Tabla 1

### 2.3. Precaución unilateral y bilateral

En el ejemplo y tabla anteriores hemos presupuesto implícitamente un caso de precaución unilateral (*unilateral care*), es decir, uno en el que las víctimas potenciales de los accidentes nada pueden hacer para evitarlos o reducir su número y gravedad: hay causantes y víctimas potenciales y la causación de daños es unilateral o unidireccional, pues va de los primeros a los segundos. Así, un recién nacido no puede hacer nada para contribuir a evitar sufrir daños por descuido de sus padres, guardadores o médicos.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las víctimas potenciales *también* pueden influir en la frecuencia y gravedad de los accidentes: los conductores de automóviles, por ej., pueden conducir prudentemente y los peatones pueden caminar también con mayor o menor precaución. En tales casos, se habla de precaución o causación bilateral de daños (*bilateral care, joint care*) y el concepto de precaución óptima se complica un poco, pues depende del cuidado adoptado por ambas partes.

Supongamos, en un ejemplo tomado, con algunas modificaciones, de Posner<sup>3</sup>, a su vez inspirado en un caso (*LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.*, 232 U.S. 340 (1914)) real de principios del siglo XX, un granjero es propietario de una plantación de algodón que es atravesada por una vía de ferrocarril. El paso de las locomotoras de vapor provoca ocasionalmente chispas, con el consiguiente riesgo de incendio de los campos. Ambas partes pueden adoptar tres niveles distintos de precaución: ninguna, media o alta. Así, el granjero puede plantar algodón junto a las vías del ferrocarril, hacerlo a 75 m. de distancia o alejarlo hasta 200 m. de las vías. Por su parte, la compañía propietaria del ferrocarril puede instalar en las

<sup>3</sup> Richard A. POSNER (2003), *Economic Analysis of Law*, 6<sup>a</sup> ed., Aspen Law & Business, New York, 172.

chimeneas de sus locomotoras un artilugio apaga chispas de calidad media o alta, pero también puede resolver no instalar ninguno.

En la **tabla 2**, sus tres columnas recogen los distintos niveles de precaución que pueden adoptar las partes, así como sus costes respectivos. Los beneficios esperados en ahorro de daños son los mismos en los tres primeros casos e importan 150 € (en la cuarta columna, donde ni granjero ni ferrocarril adoptan ningún género de precaución, los daños suben a 300 €). La combinación óptima es aquella en la cual el granjero aleja su plantación a 75 m. de las vías y el ferrocarril instala en sus máquinas un mecanismo de calidad media. De este modo se previene un accidente cuyo daño esperado es de 150 €, con un coste de precaución de 75 €.

	<b>Alta/0 m.</b>	<b>Media/ 75 m.</b>	<b>---/200 m.</b>	<b>---/0 m.</b>
<b>Coste precaución ferrocarril (F)</b>	100	<b>50</b>	0	0
<b>Coste precaución granjero (G)</b>	0	<b>25</b>	110	0
<b>Coste total precauciones (G+F)</b>	100	<b>75</b>	110	0
<b>Coste del daño (D)</b>	150	<b>150</b>	150	300

Tabla 2.

El *pendant* español del caso americano LeRoy Fibre Co. v. Chicago<sup>4</sup> es la STS, 1<sup>a</sup>, 3.6.1901<sup>5</sup>. La estación de Málaga destinaba un espacio a almiarares de paja, situado junto a uno de los andenes. Una locomotora que se encontraba en ese andén inició la marcha, pero se vio obligada a dar contravapor. Puesto que mientras había estado parada un empleado había alimentado sus calderas para avivar el fuego, de su chimenea comenzaron a saltar chispas que provocaron el incendio del almidar y de unas mercancías almacenadas cerca, propiedad del actor. Éste demandó a la Compañía de ferrocarril. Tanto el JPI de Málaga como la AP de Granada desestimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso: "La sentencia recurrida, en virtud de los hechos que consigna con relación a las pruebas del pleito, declara que no han incurrido en culpa o negligencia los dependientes de la Compañía del Ferrocarril, a la cual no afecta en este caso responsabilidad directa, ni indirecta, porque ninguna obligación había contraído y porque los almidarres de paja, sin convenio o pacto que limitase el derecho de la empresa a utilizar la vía llamada del Peso, se colocaron en la inmediación de la misma por los dueños de aquella mercancía a sabiendas del uso constante que se podía hacer de la vía, por cuya razón no hay vínculo jurídico ni precepto legal que ampare la indemnización que pide el recurrente" (FJ 2º).

<sup>4</sup> Cit. *supra*.

<sup>5</sup> Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 106.

## 2.4. La minimización de los costes -primarios, secundarios y terciarios- de los accidentes

En 1970, Guido CALABRESI<sup>6</sup> postuló una tesis normativa, según la cual la función del derecho de la responsabilidad civil debe ser minimizar los costes sociales de los accidentes. Y para explicar la complejidad de la tarea, introdujo una clasificación intuitiva de los costes en primarios, secundarios y terciarios:

- a) Los costes primarios incluyen todo aquello que la víctima pierde o deja de ganar como consecuencia del accidente: la estimación de los daños materiales, así como la -mucho más difícil de realizar- de los daños personales -físicos y psíquicos-, los gastos de tratamientos médicos, los daños patrimoniales derivados del tiempo de baja, la pérdida de oportunidades de trabajo futuro o de ocio, etc.
- b) Los costes secundarios derivan del grado de concentración o distribución de los costes primarios en el tiempo o en un número de personas: normalmente, un daño de 5.000 € causado a una persona de una vez no equivale al resultante de 10 daños de 500 € causados a esa misma persona durante 10 años consecutivos; tampoco son equivalentes el daño de 5.000 € causado a 50 personas a razón de una pérdida de 100 € para cada una de ellas, que un daño de la misma entidad causado a una sola persona. La dimensión de un daño se diluye con su distribución, pues nuestras funciones de utilidad crecen menos que proporcionalmente al incremento de nuestra renta o, dicho de otro modo, los seres humanos somos aversos al riesgo y, por ello, propendemos a asegurarnos aunque ello sea a costa de tener que pagar los costes del seguro: preferimos un seguro que convierta nuestra renta probable en una renta cierta pero más reducida que aquélla.
- c) Los costes terciarios son el valor de las tareas de gestionar los costes anteriores: la puesta a cargo del daño de una tercera persona requerirá el funcionamiento de una empresa (compañía de seguros) o de una burocracia (administración pública de la seguridad social) o de la maquinaria legal y judicial (honorarios de abogados y procuradores, tasas judiciales, costes de desarrollo y mantenimiento del sistema jurídico), etc. que se suman a los anteriores.

El problema del derecho de la responsabilidad civil es el conflicto de objetivos a los que su aplicación puede dar lugar según cuál sea el tipo de coste que la sociedad se proponga minimizar de manera exclusiva o prioritaria.

Si la prioridad absoluta es la minimización de los costes primarios, la regla ideal sería una de responsabilidad absoluta por causación de cualesquiera daños, incluyendo hasta las más mínimas molestias e incomodidades de la vida. Todas las víctimas de cualquier daño causado por un tercero podrían reclamarle judicialmente el pago de una indemnización. Mas es intuitivo afirmar que una sociedad regida por una regla semejante sería asfixiante y acabaría cayendo por su propio peso: se instauraría primero un auténtico totalitarismo del derecho de daños, todo

---

<sup>6</sup> Guido CALABRESI (1970), *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press. Hay traducción española a cargo del Prof. Joaquim BISBAL (1984).

proyecto de actividad se paralizaría ante la amenaza de una responsabilidad prácticamente ilimitada, las reclamaciones de indemnizaciones se dispararían y los costes terciarios, también.

Si, en cambio, la prioridad fuera la reducción de los costes secundarios, la regla preferible instauraría un seguro universal y público para todo tipo de accidentes. Mas en tal mundo feliz hipotético, los costes primarios se incrementarían astronómicamente, pues nadie tendría ningún tipo de incentivo para adoptar ningún género de precauciones o, al menos, nadie lo tendría en relación con los riesgos que afectan a bienes que pueden sustituirse fácilmente por otros equivalentes. El fenómeno, bien conocido por el derecho y la economía del seguro, del riesgo moral (*moral hazard*) arruinaría a la sociedad, provocaría la extinción de una cultura. Además, las tareas de información, estimación y pago por la concreción de cualesquiera tipo de riesgos, incluso por aquellos que no resultaran actuarialmente calculables (las simples incertidumbres) dispararían también los costes de gestión del sistema o costes terciarios.

Por último, si los principales esfuerzos se aplicaran a minimizar los costes terciarios, la regla ideal sería la ausencia de toda responsabilidad, es decir, una tal que el titular del derecho o bien lesionado habría de cargar siempre con los costes de su destrucción o deterioro sin disponer nunca de ningún género de pretensión de daños contra el tercero que los hubiere causado. Entonces, los costes terciarios caerían a cero, pero los costes primarios se dispararían: la regla de no responsabilidad nos convertiría a todos en irresponsables profesionales o casi, en agentes sociales legitimados para causar cualesquiera daños sin necesidad de tener que responder en ningún caso.

Por ello, las reglas reales de los derechos históricos y contemporáneos de daños siempre han buscado un equilibrio entre la consecución de los tres objetivos en conflicto, una combinación de distintas reglas de responsabilidad, de aseguramiento y de ausencia de responsabilidad, que, aplicadas simultáneamente, mejor contribuyan a minimizar los costes sociales de los accidentes. Una tarea nada fácil.

## 2.5. Compensación de daños y responsabilidad civil

Las reglas de responsabilidad civil son enunciados hipotéticos que, como mínimo, se refieren en su supuesto de hecho a la causación de un daño y en su consecuencia de derecho, a la obligación de repararlo o indemnizarlo, es decir, la compensación del daño. Además de ello, naturalmente, la regla puede incluir otras referencias, pero lo esencial es la doble circunstancia mencionada: el derecho de la responsabilidad civil no se entendería sin causación de daños en tales o cuales circunstancias seguida de la imposición del deber de compensarlos.

De esta forma, la existencia de una pretensión compensatoria define una regla como de responsabilidad civil y la distingue de otras distintas, pero, para la doctrina civilista mayoritaria, también indica cuál es su función. Según el art. 1902 CC, “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, es decir, a

compensarlo: la función compensatoria define el derecho de daños -el remedio indemnizatorio- y es la atribuida al derecho de la responsabilidad civil por la civilística española<sup>7</sup>.

Algo similar establecen los arts. 109 CP: "La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar [...] los daños y perjuicios por él causados" y 139 de la Ley 30/92 (modificada por la 4/99): "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios público".

Sin embargo, la compensación no puede ser la función básica del derecho de la responsabilidad civil. Si lo fuera, el derecho daños no subsistiría: hay otros remedios que compensan daños de mucha mejor manera, más temprana y eficientemente. El seguro, en particular, es una forma mucho más económica de compensar daños, de gestionar organizadamente riesgos y de distribuir los costes de los accidentes que el ejercicio judicial de pretensiones indemnizatorias.

Por cada cien céntimos de euro invertidos en una reclamación judicial de responsabilidad civil que acaba en condena del demandado, sólo la mitad llega a manos del actor. Los costes de gestión de una entidad aseguradora son mucho más reducidos, menos del 10% de la indemnización pagada a las víctimas<sup>8</sup>.

## 2.6. Prevención de daños

En las páginas anteriores hemos escrito que el derecho de la responsabilidad civil responsabiliza a los agentes sociales por sus actos, por los riesgos que genera su conducta. En este sentido, contribuye a prevenir accidentes.

En el viejo Código Civil español de 1889, la idea de prevención aparece en su art. 1903, que -tras establecer que la obligación de reparar daños impuesta por el art. 1902 a quienes los causen por culpa o negligencia se exige igualmente a quienes deben responder por actos ajenos- concluye diciendo:

"La responsabilidad de 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".

La privatística española moderna acepta hoy que la prevención es un efecto secundario o fáctico, pero no normativo de la función compensatoria<sup>9</sup>. Mas el análisis económico no distingue entre planos fáctico y normativo de la realidad: trabaja con la única que hay.

---

<sup>7</sup> Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), *Comentario al artículo 1.902 C.c.* en *Comentario del Código civil* dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez...[et. al.], Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid.

<sup>8</sup> Tillinghast-Towers Perrin (2002), 12, citas en SHAVELL (2003), Chapter 6, 1-2, notas 140 y 141.

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO (1999), 47-48 y 203 y ss. Véase también Fernando REGLERO CAMPOS (2002), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 56 y ss.

La prevención óptima acompaña a la compensación completa de un daño como la sombra al cuerpo: si quien puede causar un daño sabe que siempre habrá de compensarlo hasta el último céntimo, y que, por tanto, habrá de internalizar los costes generados por el daño mismo y pagar además por los costes terciarios de gestión de la reclamación, actuará en consecuencia: se conducirá con cuidado. Por la cuenta que le trae.

La amenaza de ser demandado por responsabilidad civil incentiva además al causante potencial de daños que no es neutral al riesgo a asegurarse, aprovechando así las ventajas de la distribución del riesgo a lo largo del tiempo, así como las que conlleva la gestión profesional y especializada de los riesgos.

La función de prevención se realiza, en derecho de responsabilidad civil, con el único y exclusivo instrumento de la compensación de daños: prevención óptima exige que todos los daños sean efectiva e íntegramente compensados en todos los casos en que tienen lugar, algo que, en la práctica, nunca se consigue del todo. Basta con que algún caso no dé lugar a reclamación, o que ésta no tenga éxito o que la condena no abarque todos los daños causados para que haya infraprevención.

Con frecuencia, la prevención no alcanza su nivel óptimo en los casos de daños difusos, es decir, de escasa entidad individual aunque en conjunto puedan ser muy elevados: sus víctimas tienen pocos incentivos para reclamar por separado y se hacen precisos instrumentos complementarios a la pretensión individual de daños, como las acciones de clase, las indemnizaciones punitivas o las sanciones administrativas y penales.

Un efecto parecido de posible infraprevención puede producirse en los daños dolosos si, en su cálculo no se tiene en cuenta el daño específicamente atribuible al dolo: dos daños corporales idénticos no son iguales si uno es causado por negligencia y otro por dolo, pues en este último caso, la ofensa o daño moral sufrido por la víctima tenderá a ser mayor y, además, el daño social puede ser muy grave, más que el privado de la víctima, por lo que la consecución de la función preventiva precisa de otros instrumentos, como el derecho penal o administrativo sancionador, o la indemnización sancionatoria (*punitive damages*).

Finalmente, en los daños bilaterales, hay que tener en cuenta el comportamiento del coacusante del daño, en particular, el de la misma víctima si ésta contribuyó a su producción.

## 2.7. Demarcación de conductas y libertad de actuar

Como acabamos de señalar, indemnizar daños es una actividad costosa. Por ello, para decidir el daño sufrido por una persona sea puesto por el derecho a cargo de otra ha de mediar una buena razón: en derecho español, la regla general no es que quien sufre un daño tiene derecho a su compensación sino que quien lo inflinge habrá de indemnizarlo si y sólo si se dan determinadas circunstancias: la culpa, la realización de una actividad particularmente arriesgada o definida por la ley como fuente de la obligación de indemnizar, la suscripción de un contrato de seguro, etc. Por eso, el punto de partida del privatista es que los daños se quedan allí donde han caído.

"En derecho privado, el punto de partida es favorable a la libertad de actuar (*in dubio pro libertate*), no a la prohibición, ni siquiera a la reglamentación de la actividad de que se trata. Cada cual ha de asumir los riesgos generales de la vida"<sup>10</sup>.

"Es razonable dejar los daños allí donde recaigan excepto que se haga patente alguna razón especial para intervenir" ("Sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference"<sup>11</sup>).

"Hay que partir del principio de que el titular de un bien jurídico ha de soportar los daños que resultan de su titularidad: *casum sentit dominus*"<sup>12</sup>. ("Sie setzt sachlogisch den Satz voraus, daß der *Träger des Rechtsguts* für alle Verletzungen und den daraus folgenden Schaden zuständig ist: *casum sentit dominus.*").

Una forma más cruda de expresar lo anterior: el dolor nos mantiene vivos.

El derecho de daños cumple así una esencial función de demarcación entre aquellas actividades cuya realización obliga a indemnizar los daños que resulten de ellas y aquéllas otras que no dan lugar a tal obligación por más que produzcan daños. El ejercicio legítimo de derechos, fundamentales o no, o de la simple y genérica libertad de actuar daña con frecuencia a terceros: piénsese en el ejercicio de las libertades religiosa, ideológica o de información o expresión; de manera similar, la edificación de mi casa junto a la de mi vecino limita sus vistas al paisaje; el ejercicio de la libre competencia expulsa del mercado a los competidores menos eficientes, si un médico viaja al extranjero de vacaciones, algunos de sus pacientes pueden lamentar su ausencia, etc.

Con frecuencia, la línea de demarcación discurre, por así decirlo, por el medio del daño estableciendo que sólo parte del mismo resulta indemnizable. Así y también con cierta frecuencia, la ley determina qué daños ocasionados por una misma conducta son indemnizables y cuáles no lo son. Por ejemplo, la Ley de Baremos (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, refundida por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) excluye los daños materiales aplicándose únicamente a los daños personales, tanto psicofísicos como morales, y a sus consecuencias económicas. La Ley establece que los daños morales están incluidos en el baremo y, según el art. 7, su cuantía es igual para todas las víctimas. Por tanto, se limita la posibilidad de reclamar una indemnización por daños personales superior a la contenida en el baremo. Las limitaciones de los daños indemnizables actúan como un subsidio, incentivando -a veces de forma perversa- la causación de aquéllos.

---

<sup>10</sup> Pablo SALVADOR CODERCH (1997), *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid, 103.

<sup>11</sup> Oliver WENDELL HOLMES Jr. (1881), *The Common Law*, Little, Brown and Co., Boston (Mass.).

<sup>12</sup> Erwin DEUTSCH (1996), *Allgemeines Haftungsrecht*, 2., Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, I.1.1., 1.

## 2.8. La función expresiva del derecho de daños

La polémica entre los partidarios de la función compensatoria del derecho de daños y los de la preventiva pierde intensidad si paramos mientes en los cambios de demarcación del derecho de daños, es decir, en su evolución constante: antes de que el Estado legisle o regule una actividad, suele ser frecuente que los Tribunales hayan resuelto uno o más casos muy llamativos, simbólicos, que, poco a poco, van formando una jurisprudencia cada vez más estable. Ésta determina por primera vez que los daños causados con ocasión del desarrollo de la actividad en cuestión en tales o cuales circunstancias son indemnizables y dan lugar a una pretensión de daños. Con el tiempo, la actividad en cuestión es prohibida o, más frecuentemente, regulada, se imponen requisitos para su realización, como la adopción efectiva de medidas de precaución, se genera la práctica de contratar seguros o se establece el seguro obligatorio o se crea algún sistema público o privado de compensación. Finalmente, el derecho de la responsabilidad civil, más caro de gestionar que un sistema regulatorio y administrativo o, en particular, que un seguro, cede su protagonismo a estos últimos.

Mas, también con frecuencia, la regulación no es completa, pues no cierra el sistema de remedios y deja abierta la posibilidad de que las víctimas ejercent pretensiones indemnizatorias. Tal es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 109 y ss. CP).

Las distintas constelaciones de supuestos de hecho generadores de responsabilidad civil juegan entonces un papel señalizador de las lagunas de regulación, en cuanto incorporan las demandas sociales de regulación de una actividad. Al final del ciclo, establecida ya una regulación penal o administrativa, la pretensión de daños permanece disponible con una función puramente intersticial.

## 3. Bibliografía

Guido CALABRESI (1970), *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press. Hay traducción española a cargo del Prof. Joaquim BISBAL (1984).

Erwin DEUTSCH (1996), *Allgemeines Haftungsrecht*, 2., Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid.

Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), *Economic Analysis of Law*, National Bureau of Economic Research, Working Paper nº 6960, <http://papers.nber.org/papers/w6960>

Sarah LICHTENSTEIN et al. (1978), *Judged Frequency of Letal Events*, 4 J. Experimental Psychology: Human Learning and Memory 551 (1978)).

Thomas J. MICELI (2004), *The Economic Approach to Law*, Stanford Economics and Finance, Stanford University Press.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1991), *Comentario al artículo 1.902 C.c. en Comentario del Código civil* dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez...[et. al.], Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid.

Richard A. POSNER (2003), *Economic Analysis of Law*, 6<sup>a</sup> ed., Aspen Law & Business, New York, 186.

Fernando REGLERO CAMPOS (2002), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Pablo SALVADOR CODERCH (1997), *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de Daños*, Marcial Pons, Madrid.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA).

Cass R. SUNSTEIN, Daniel KANEHMAN, Reid HAISTIE, David A. SCHKADE, John W. PAYNE y W. Kip VISCUSI (2002), *Punitive Damages. How Juries Decide*, Chicago, The University of Chicago Press

Oliver WENDELL HOLMES Jr. (1881), *The Common Law*, Little, Brown and Co., Boston (Mass.).