

**EL DAÑO CAUSADO
POR EL MIEMBRO
INDETERMINADO DE
UN GRUPO**

Rodrigo Barría Díaz

**Dirigida por
Prof. Dr. Eugenio Llamas Pombo**

**Universidad de Salamanca
Programa de Doctorado
“Nuevas Tendencias en Derecho Privado”
Salamanca, 2008**

ÍNDICE

Introducción	I
---------------------------	---

Capítulo Primero

La desindividualización del Derecho de daños	1
1. La desindividualización del Derecho de daños y sus consecuencias	1
2. Justificación de la responsabilidad colectiva	13
3. Apunte histórico de la responsabilidad colectiva	29
3.1. Roma y las soluciones originales: <i>actio effusis vel deiectis</i> y <i>actio de positis vel suspensis</i>	29
3.2. Entre Roma y el <i>Code</i>	34
3.3. Período de la Codificación	36
3.4. Nuestros tiempos	40

Capítulo Segundo

Supuesto de hecho y características distintivas	43
1. Concepto y terminología: la culpa anónima y la responsabilidad colectiva	44
2. Elementos constitutivos de la responsabilidad colectiva	49
2.1. Existencia de un grupo, colectivo o pluralidad de sujetos	50
2.2. La relación de causalidad: el daño debe provenir o ser consecuencia de la actividad de los miembros del grupo. Remisión	54
2.3. Unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del grupo	57
2.4. Imposibilidad de identificar al autor singular del daño	61
2.5. Sujeto pasivo de la responsabilidad colectiva	64
2.6. Una consideración final	66
3. La faceta procesal de la responsabilidad colectiva. Responsabilidad colectiva y litisconsorcio pasivo necesario. Procedencia.....	66

Capítulo Tercero

Los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo:

la responsabilidad colectiva	71
1. Formas de intervención plural en la causación de un daño	72
1.1. Participación o causación conjunta o común: la coautoría	74
1.2. Causación a cargo de varios sujetos independientes	79
1.3. La causalidad alternativa.....	81
2. La solidaridad como efecto de la participación plural en los actos ilícitos civiles en España.....	83
2.1. Régimen del Código civil español.....	84
2.2. La solidaridad en los daños extracontractuales causados por varias personas.....	89
2.3. Posición de la jurisprudencia.....	97
2.4. Leyes especiales que establecen la regla de la solidaridad	100
3. Los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en España.....	102
3.1. Situación legal y jurisprudencial	105
3.1.1. El Código civil.....	106
3.1.2. La legislación especial y su extensión por analogía	108
3.1.3. La jurisprudencia	126
3.1.4. La opinión de la doctrina científica española	149

Capítulo Cuarto

La responsabilidad colectiva en el Derecho comparado	159
1. Alemania	160
2. Francia	167
2.1. La jurisprudencia	168
2.2. La doctrina.....	174
2.3. El Anteproyecto de reforma del <i>Code</i>	182
3. Italia	184
4. <i>Common Law</i>	190
5. Latinoamérica.....	198
6. Otras latitudes.....	203

7. Un proyecto supranacional: los “Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil	209
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Capítulo Quinto

Responsabilidad colectiva, relación de causalidad y elementos de imputación	213
1. La relación de causalidad y la imputación objetiva.....	215
1.1. El problema de relación de causalidad en la responsabilidad colectiva	231
1.1.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones.....	234
1.1.2. Teoría de la imputación objetiva	237
1.1.2.1. Objeción a la teoría de la imputación objetiva	241
1.2. La prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad colectiva	243
1.2.1. La carga probatoria y el principio de aportación de prueba	245
1.2.2. Las presunciones.....	249
1.2.2.1. Régimen de las presunciones de causalidad.....	256
1.2.2.2. El rechazo a la tesis de la presunción de causalidad ..	265
1.2.3. Otra alternativa para la prueba causal: la relación entre el daño y la actividad del grupo como ente individual y unitario	268
2. El criterio de imputación subjetiva en la responsabilidad colectiva	270
2.1. La opinión de la doctrina.....	273
2.2. El criterio de imputación subjetiva en la jurisprudencia.....	289

Capítulo Sexto

Otras alternativas a la responsabilidad colectiva.....	295
1. La responsabilidad por cuota de mercado (<i>Market Share Liability</i>).....	296
1.1. Antecedentes.....	296
1.2. Análisis de la teoría de la cuota de mercado	299
1.3. La <i>Market Share Liability</i> en el ordenamiento jurídico español	308
1.4. <i>Pollution Share Libaility</i>	320
2. Instrumentos probatorios especiales.....	322
3. La responsabilidad por hecho ajeno	328
4. Los fondos de garantía.....	335

Capítulo Séptimo

Supuestos específicos de responsabilidad colectiva en el Código civil	339
1. Análisis del artículo 1564 del Código civil y la responsabilidad del arrendatario por el deterioro o pérdida de la cosa arrendada	341
2. La responsabilidad colectiva por ruina de edificios	344
2.1. El artículo 1591 del Código civil.....	344
2.2. El artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación	353
2.3. Regulación del Código civil de la responsabilidad extracontractual por ruina de edificios.....	357
2.3.1. Régimen de la responsabilidad solidaria de los agentes de la construcción.....	361
3. Los artículos 1783 y 1784 del Código civil.....	365
3.1. Ideas preliminares	365
3.2. Aplicación y alcance de los artículos 1783 y 1784.....	368
3.3. Naturaleza de la responsabilidad de los hoteleros	370
3.4. Responsabilidad colectiva en los artículos 1783 y 1784.....	372
4. El daño causado por cosas que caen o son arrojadas.....	373
4.1. Antecedentes históricos.....	374
4.1.1. <i>Actio de effusis vel deiectis</i>	375
4.1.2. <i>Actio de positis vel suspensis</i>	381
4.1.3. Etapa del Derecho intermedio y proyectos de codificación	383
4.2. El artículo 1910 del Código civil.....	387
4.2.1. Régimen de responsabilidad del artículo 1910	393
4.2.2. Aplicaciones especiales del artículo 1910.....	404
4.2.2.1. Daños causados por filtraciones o caídas de líquidos	405
4.2.2.2. Daños causados por una cosa arrojada dentro de un recinto cerrado	415
4.3. Mirada comparativa del artículo 1910 en relación a la responsabilidad colectiva	424
5. Conclusión	431

Capítulo Octavo

Supuestos de responsabilidad colectiva en la legislación especial	433
1. La Ley de Caza de 1970	434
1.1. El artículo 33.5 de la Ley de Caza	436
1.1.1. La responsabilidad objetiva en el artículo 33.5 de la Ley de Caza.....	438
1.1.1.1. Condiciones de la responsabilidad objetiva del artículo 33.5 de la Ley de Caza.....	439
1.1.1.2. Circunstancias excluyentes de la responsabilidad objetiva del artículo 33.5 de la Ley de Caza.....	443
1.1.2. La responsabilidad colectiva en el artículo 33.5 de la Ley de Caza.....	444
1.2. El seguro obligatorio en la Ley de Caza	451
1.3. Responsabilidad colectiva de los propietarios de cotos de caza.....	454
1.4. Consideraciones finales.....	459
2. La responsabilidad colectiva en los daños al medio ambiente.....	461
2.1. Visión general.....	461
2.2. Daños al medio ambiente, relación de causalidad y pluralidad de agentes en la producción del daño.....	464
2.3. La responsabilidad colectiva como forma de resarcimiento de los daños medioambientales.....	467
3. La responsabilidad colectiva en daños causados por productos defectuosos	483
3.1. Sistema de responsabilidad solidaria en materia de productos defectuosos. El artículo 132 de la LGDCU	486
3.2. Responsabilidad colectiva en materia de daños por productos defectuosos	489
3.3. Comentarios finales	497
4. Algunos casos especiales de aplicación de la responsabilidad colectiva	499
4.1. La responsabilidad colectiva proveniente del ejercicio grupal de profesiones liberales. Especial consideración a la actividad médica.....	499
4.1.1. Naturaleza del grupo profesional.....	501
4.1.2. La responsabilidad colectiva y el ejercicio grupal de la medicina.....	508

4.1.3.	Nota preliminar acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica	509
4.1.4.	La responsabilidad civil en el ejercicio colectivo de la medicina	511
4.1.5.	Un caso específico de la actividad médica: el problema de la responsabilidad por sangre contaminada	520
4.1.6.	La responsabilidad extracontractual de las sociedades profesionales	523
4.2.	La responsabilidad colectiva en los espectáculos de carácter masivo	525
4.3.	Daños causados en eventos deportivos	528
4.4.	Daños causados en el ejercicio del derecho de reunión	531
4.5.	Daños causados con ocasión del ejercicio del derecho de huelga	534
5.	Conclusión al Capítulo	536
 Conclusiones		 539
 Bibliografía		 545

*A mi querida Leticia, por su amor,
su infinita paciencia y su apoyo irrestricto;
a mi familia en Chile, en especial a mi Madre,
sin la cual no habría llegado hasta aquí;
a mi familia en España, por acogerme
y ayudarme cada vez que lo necesité;
al Dr. Eugenio Llamas Pombo, por guiar
este trabajo y por sus oportunos consejos, y
a mi amigo y compañero David Vargas Aravena,
por su invaluable colaboración.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho de daños ha experimentado, como afirma Luis DÍEZ-PICAZO¹, un proceso de desindividualización, esto es, ha dejado de ser una fuente de relaciones jurídicas entre sujetos exclusivamente individuales y ha pasado a incluir bajo su ámbito de aplicación a hechos en los que interviene una pluralidad de autores, de víctimas, o de ambas simultáneamente. Este fenómeno, desarrollado en forma progresiva desde el siglo XIX, escapa de las previsiones tenidas en mente por los autores de los principales Códigos civiles europeos nacidos en el siglo antepasado, época en la que, por sus propias circunstancias y características, predominaba una concepción predominantemente individualista de la responsabilidad extracontractual y, en general, de la vida.

Una de las muchas manifestaciones de esta mutación es el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, es decir, una categoría de daño causado por un único agente, pero cuya pertenencia a un conjunto de sujetos hace absolutamente imposible su identificación. Frente a un hecho dañoso cuyas características fácticas coinciden con esta descripción, es posible optar, básicamente, por una de dos soluciones: dejar sin reparación el daño causado al no ser posible la identificación de su autor o sancionar al grupo en su totalidad, haciendo responsables del pago de la indemnización a la víctima a personas que, con toda seguridad, no son culpables del perjuicio sufrido por ella. Decidirse por una u otra alternativa no es fácil, porque si se escoge el camino tradicional, inspirado por la ausencia de prueba de la relación de causalidad, y se deja el daño sin reparación, se incurre en la evidente injusticia de privar a la víctima del resarcimiento al que tiene pleno derecho, por no contar con los medios probatorios necesarios; y si se elige castigar al grupo, se omiten principios y exigencias considerados ineludibles en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, como son la autoría y el mencionado nexo causal.

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Cívitas, 1999, pág. 159 y ss.

El dilema que trae consigo la búsqueda de una solución a este tipo de daño es el primero que debe hacer frente cualquier investigador interesado en el tema, pero en ningún caso es el único, y eso también lo convierte en un desafío atractivo. Quizás el gran conflicto que ofrece esta especie de hecho dañoso es el que enfrenta al principio rector del moderno de Derecho de daños, la reparación de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima, con uno de los requisitos indispensables en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, la relación de causalidad. El choque se produce porque, al no comprobarse una vinculación causal entre el actuar de un actor concreto y el resultado lesivo, la aplicación de las reglas tradicionales del Derecho de daños obligarían a desechar la pretensión indemnizatoria del ofendido. Pero esta solución, sin duda alguna, atenta contra el referido principio y contradice el natural sentido de justicia que cualquier observador pueda detentar, por lo que se hace necesario encontrar otras vías que concilien de la mejor manera ambas posiciones o justificaciones jurídicas lo suficientemente sólidas como para respaldar la opción por uno de esos principios y desechar al otro.

Problemas jurídicos como el mencionado, que me impulsan al estudio del daño en cuestión, son abundantes y trataré de abordarlos de la mejor manera posible a lo largo de esta investigación. Pero no puedo dejar de hacer mención al hecho de tratarse de un tema que no ha sido abordado con la frecuencia y la profundidad que, me parece, merece el asunto. Como ya tendré de exponer, no existe una disposición genérica en el Código civil español que esté destinada a resolver este tipo de daño, existiendo solamente un cuerpo legal, la Ley 1/1970, de Caza, que se ocupa expresamente de regularlo en forma exclusiva. La jurisprudencia ha enfrentado este problema con criterios modernos y rupturistas de los esquemas tradicionales sólo en los últimos veinticinco años, por lo que no es particularmente copiosa, y la doctrina científica, en general, no ha sentido gran inquietud por abordar el estudio de la llamada “responsabilidad colectiva”, sin perjuicio de que se reconozca su importancia y su contemporaneidad. Esto último ha sido, sin duda, el principal escollo que me ha tocado enfrentar en la preparación de este trabajo, de modo que la fuente de estudio más numerosa con que he podido contar, además de un par de estupendas monografías, han sido estudios, más bien dispersos, publicados en distintas revistas jurídicas, así como espacios dispuestos al tema dentro de

tratados o monografías relativos al Derecho de daños en general, o a alguna de las formas en que éste se manifiesta. Pero en ningún caso se ha intentado elaborar lo que podríamos llamar una “teoría del daño causado por miembro indeterminado de un grupo” o una “teoría de la responsabilidad colectiva”.

De todos modos, en honor a la verdad, los emprendimientos llevados a cabo por los autores que han puesto su interés en este tema, y que serán mencionados a lo largo de esta exposición, lo han sido con la seriedad y acuciosidad suficiente para constituir una orientación en la forma de acometer mi propia investigación, al punto que quizá sin ellos esta tesis no hubiese tenido la orientación adecuada. Especial mención merecen los trabajos del profesor Ricardo DE ÁNGEL², pionero en España respecto del estudio moderno de la indeterminación del causante de un daño, y de Virginia MÚRTULA, autora de la única monografía dedicada por entero al tema del daño causado por el integrante no identificado de un grupo³, mas valiosos aportes de autores extranjeros.

Demás está decir que este inconveniente ha sido también una causa adicional de mi interés en iniciar este estudio, puesto que siempre resulta atractivo indagar en temas poco conocidos, donde existe la posibilidad de aportar algo que sirva para una profundización posterior, por más que ese aporte sea modesto y desprovisto de grandes pretensiones, como es mi caso.

El Capítulo Primero de este trabajo trata sobre el fenómeno llamado “desindividualización del Derecho de daños” al que ya he hecho alusión, donde pretendo explicar en qué consiste, cuál ha sido su evolución en el tiempo y sus consecuencias en el moderno Derecho de daños, contextualizando de este modo el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo como parte de ese fenómeno. La trascendencia de este inicio de la investigación se encuentra, me

² Principalmente, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, julio de 1983, “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, en *Estudios de Deusto*, 1984, volumen 32, “Actuación dañosa de los grupos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, 1997, y *Tratado de responsabilidad civil*, Cívitas, 1993.

³ MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005

parece, en que la ubicación de la materia en estudio dentro de su ámbito de desarrollo facilita la comprensión de su dinámica y el acceso a sus principios inspiradores.

En el segundo capítulo, el objetivo a cumplir es elaborar un concepto de esta forma de daño, con el objetivo de precisar de la mejor forma posible su alcance y también sus límites. Para ello, intento el diseño y enumeración de los que considero son sus requisitos o elementos constitutivos, indicando al mismo tiempo qué casos no deben ser incluidos en la hipótesis a estudiar. Asimismo, se dedica un apartado al aspecto terminológico de la cuestión, donde hago ver mi preferencia por la expresión “responsabilidad colectiva”, que es como la mayoría de la doctrina moderna denomina al daño causado por el integrante indeterminado de un conjunto de sujetos. También se incluye un apunte histórico, dedicado a reseñar como se ha tratado este daño en el tiempo y en diversos ordenamientos jurídicos, así como la visión que de él han tenido los comentaristas del Derecho de daños en diversas etapas.

Enseguida, el Capítulo Tercero está destinado al estudio de sus efectos. A modo de adelanto, señalemos que esta categoría de daño presenta una nota curiosa, a la luz del análisis que de él se hace, especialmente por la doctrina: a pesar de tratarse de una lesión causada por un único individuo, se le analiza y categoriza dentro de las formas de intervención plural de sujetos en la comisión de un daño, junto a la autoría y la causación de un daño por varios sujetos independientes. Lo cierto es que este tratamiento deriva de la peculiar forma de comisión del hecho dañoso, pero es necesario tener presente las diferencias entre esta forma de actuación caracterizadas por la participación de varios agentes, razón por la cual dedico cierta atención al tema. También ocupará un buen número de páginas de este capítulo el análisis de la solidaridad como mecanismo idóneo - prácticamente unánime en doctrina y jurisprudencia- para la imposición de una indemnización a todos los involucrados en la autoría del evento lesivo, con la intención de proporcionar una visión somera del estado actual de una discusión de larga data en España.

Siempre en el mismo capítulo, uno de los aspectos más relevantes de esta investigación: el estudio de la responsabilidad colectiva propiamente tal, o condena solidaria de todos los miembros del grupo. Quisiera manifestar desde ya mi interés en diferenciar dos conceptos íntimamente ligados, pero técnicamente distintos: el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo propiamente tal, que es la especie de perjuicio que nos preocupa, y la responsabilidad colectiva, que no es sino la imposición de una indemnización en forma solidaria para todos los componentes del grupo, por el daño que, con seguridad, sólo uno de ellos causa. Esta forma de responsabilidad ocupa la mitad final de este apartado, donde se desmenuza su situación en España, tanto legal (desde su total ausencia en el Código civil, hasta su inclusión en la Ley de Caza), como jurisprudencial (a través de la revisión de las sentencias del Tribunal Supremo más significativas, sea que la acepten o la acojan) y doctrinal (mediante la descripción de las principales líneas de pensamiento formuladas en torno a esta clase de daño y la responsabilidad colectiva).

Del mismo modo recién expresado es que cabe aproximarse a la hipótesis en estudio desde la óptica del Derecho comparado. Es sabido que la riqueza del examen de los ordenamientos similares al español, o incluso de los pertenecientes a familias jurídicas diversas, en cualquier ámbito del Derecho, no puede eludirse, y tampoco es del caso hacerlo en esta sede. El primer lugar de esta parte de la investigación lo ocupa señaladamente Alemania, puesto que su Código civil (BGB) contiene un precepto específico, el parágrafo 830, de estudio obligatorio para todo aquel que se interesa en nuestra materia, que previene una regulación expresa, tanto del daño en cuestión como de la responsabilidad solidaria de los integrantes del grupo, y que constituye toda una referencia en ese sentido. Asimismo, el Código civil de Holanda merece un poco de atención, toda vez que sigue la idea de su homólogo alemán. Y, por supuesto, no puede desatenderse sistemas tan importantes como el francés (que, al igual que España, no tiene en su Código una regla general al respecto, pero ha implementado la responsabilidad colectiva a través de un acucioso y paciente trabajo de la doctrina científica y jurisprudencial) y el italiano (que, derechamente, ha dejado de lado la responsabilidad solidaria del grupo, ciñéndose estrictamente a los cánones

tradicionales). Finalmente, se realiza una vista breve del derecho latinoamericano y anglosajón, para finalizar el análisis comparatista con la mención a ese gran esfuerzo continental que son los “Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil”, donde, se verá, se ha optado por una fórmula intermedia entre aquellos sistemas que acogen sin tapujos la responsabilidad colectiva y los que la rechazan como vía de solución al daño causado por el integrante no identificado de un grupo.

Ahora bien, el desarrollo de esta investigación en los términos reseñados se refiere, además del planteamiento dentro de un marco teórico y comparatista, a la descripción de un hecho dañoso, sus elementos y características. Pero el análisis riguroso de un supuesto de responsabilidad extracontractual también requiere su estudio en función de los requisitos de aquella, esto es, la existencia de una acción, un criterio de imputación subjetiva (culpa o riesgo) y el nexo de causalidad, el cual intento llevar a cabo en el Capítulo Quinto. Dada por supuesta la acción dañosa, se hace necesario puntualizar cuál es la situación de los otros dos elementos. Planteado esto, digamos que llegamos a uno de los momentos cruciales de este trabajo cuando abordamos, en primer término, el desarrollo de la relación de causalidad: el gran problema de la responsabilidad colectiva es que ella implica la atribución de una obligación de indemnizar a uno o más personas que no han causado un daño, por el hecho de otro, con quien comparten la práctica de cierta actividad. Desde otro punto de vista, la incapacidad de probar la identidad del autor material que afecta a la víctima se traduce en la condena de todos los potenciales causantes. Por lo mismo, me parece inadecuado sostener la defensa de la responsabilidad colectiva sin tratar de lograr previamente una explicación técnica que salve la cuestión de imponer la obligación resarcitoria a sujetos que, sin duda, no han materializado la lesión del ofendido. Desde ya, adelanto las claves de la que, propongo, es la solución: la responsabilidad colectiva es una presunción de causalidad, que parte del hecho base de la realización de una actividad o comportamiento por varias personas, susceptible de provocar un daño a terceros. La presunción permite relacionar la actividad de cada uno de los individuos con el hecho dañoso, de manera tal que justifica la atribución del daño a todos ellos.

Determinado el nexo causal por la vía de la presunción de causalidad, la lógica de la responsabilidad obliga a dar el siguiente paso: encontrar la razón para imponer la responsabilidad colectiva a quienes están causalmente unidos con el daño. Sin bien en esta área del análisis éste no presenta tanta complejidad como ocurre con el nexo causal, no deja de ser atractivo revisar los criterios en relación a la culpa y el riesgo en esta materia, en especial la visión proporcionada por la jurisprudencia, que, en general, no ha tenido una posición clara al respecto.

También me interesa dejar en claro en esta investigación, en el intento de un estudio lo más exhaustivo posible, que la responsabilidad colectiva no es la única forma de concluir favorablemente para la víctima el análisis del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Por lo mismo, el Capítulo Sexto trata acerca de las vías alternativas a la responsabilidad colectiva. Esto, desde varios puntos de vista: una interesantísima fórmula de solución al problema causal, importada desde el Derecho norteamericano, como lo es la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado (*market share liability*); diversos mecanismos de prueba de la vinculación entre el daño causado y los posibles autores, mediante los cuales se entiende acreditado el nexo causal por la concurrencia de determinadas circunstancias (las figuras de la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* y la culpa virtual); y desde la perspectiva de la reparación del daño, cabe hablar de los fondos de garantía como mecanismo de aseguramiento del resarcimiento a los ofendidos. La idea, como ya se dijo, es exponer los instrumentos a los que se puede acceder para solucionar el problema que plantea el daño en estudio, más allá de la condena solidaria de los miembros del grupo o como medidas complementarias a la misma.

Finalmente, a través de los dos últimos capítulos de la investigación pretendo lograr un cierto desmarque del carácter abstracto que puede observarse en gran parte del estudio de este daño, mediante el examen de los casos concretos en los que es posible observar una manifestación legislativa más o menos concreta de la responsabilidad colectiva (Ley de Caza, Ley de Ordenación de la Edificación), o bien, de aquellas actividades respecto de las cuales no existe una regulación expresa, pero que, en atención a la particular forma en que ellas se

desarrollan, es posible que lleguen a constituir una hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo (ejercicio de las profesiones liberales, espectáculos masivos). Así, el Capítulo Séptimo busca la posibilidad de encontrar rastros de la responsabilidad colectiva en el Código civil, especialmente en el artículo 1910, sobre responsabilidad por cosas arrojadas o que caen, cuya importancia dentro de nuestro estudio, como se verá, no puede soslayarse. Asimismo, este capítulo incluye el análisis de alguna legislación especial, pero estrechamente vinculada con las disposiciones codificadas, como ocurre con la ya mencionada Ley de Edificación. En tanto, el Capítulo Octavo se consagra derechamente a figuras legislativas especiales y a supuestos que, como se adelantó, constituyen potenciales fuentes de daños de autoría anónima.

En todo caso, la importancia de estos dos capítulos va más allá que la simple exposición y estudio de situaciones de hecho, recogidas o no en la legislación. El objetivo más profundo es tratar de encontrar en esas hipótesis un principio que nos permita elaborar una regla, de acuerdo a la cual, sea posible concluir que en el ordenamiento jurídico español, específicamente el relativo a la responsabilidad extracontractual, es admisible la responsabilidad colectiva como fórmula válida y general de solución al problema del daño causado por el integrante no determinado de un grupo. Recordemos que el Código civil no contiene disposición alguna al respecto, y la legislación especial es escasa, circunscrita a las mencionadas Ley de Caza y, eventualmente, la Ley de Ordenación de la Edificación. A partir de esta realidad la jurisprudencia (STS de 8 de febrero de 1983 [RJ 867], por ejemplo) y la doctrina, sobre todo DÍEZ-PICAZO⁴, propugnan que en el sistema de responsabilidad extracontractual de España es posible encontrar un conjunto de normas en el Código civil, entre las cuales están los artículos 1564 y 1910, y en la legislación especial, tales como el artículo 27.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos (reunidos hoy en el artículo 132 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que, conjuntamente con el artículo 33.5 de la Ley de Caza, permiten extraer una regla por

la cual se impute una responsabilidad solidaria a todo un conjunto de personas cuando un daño se ha originado en las actividades de ese grupo. Determinar si esta opinión tiene asidero y dicha regla realmente puede subyacer en los preceptos que la fundamentarían, es, creo, la principal finalidad perseguida con los dos últimos capítulos de este trabajo.

Para terminar esta Introducción, es menester señalar que las pretensiones de esta investigación están absolutamente alejadas de cualquier intención completista o absoluta en relación al tema abordado, puesto que estoy seguro de que hay otros que pueden emprender esta labor mucho mejor que quien suscribe. Los múltiples aspectos que se abordarán a lo largo de este trabajo no son necesariamente los únicos, y, por el contrario, mantengo la sensación de que siempre hay asuntos a los que me pude haber extendido. Mucho menos aspiro a que mis opiniones sean tenidas como definitivas. La única y real motivación de este estudio ha sido contribuir modestamente al tratamiento de una forma de daño y sus consecuencias, que me parece, pueden ser del mayor interés, teórico y práctico.

⁴ DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, págs. 163 a 168.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DESINDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

SUMARIO: 1. La desindividualización del Derecho de daños y sus consecuencias 2. Justificación de la responsabilidad colectiva 3. Apunte histórico de la responsabilidad colectiva 3.1. Roma y las soluciones originales: *actio effusis vel deiectis* y *actio de positis vel suspensis* 3.2. Entre Roma y el *Code* 3.3. Período de la Codificación 3.4. Nuestros tiempos

1. LA DESINDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS Y SUS CONSECUENCIAS

Me parece apropiado iniciar el análisis del daño causado por el miembro no identificado de un grupo determinado, intentando describir el contexto social y jurídico en que esta problemática ha surgido, para tener así un punto de partida que me permita abordar y exponer con mayor claridad su estudio, y de esta forma intentar comprender mejor el lugar y la importancia que le pueda corresponder dentro del Derecho de daños.

Como anticipé en la Introducción de este trabajo, la figura que nos ocupa se puede enmarcar dentro del fenómeno que el profesor Luis DÍEZ-PICAZO ha llamado "la desindividualización del Derecho de Daños"¹, y que corresponde a la evolución observada en esta rama del derecho, por la cual la responsabilidad civil nacida a causa de la comisión de hechos ilícitos deja de ser exclusiva consecuencia de una relación surgida entre sujetos individualmente considerados y pasa a formar parte también de los posibles efectos que nacen a propósito de la realización de actividades colectivas o grupales, sea que tales grupos asuman el papel de productores de los hechos dañosos o sean víctimas de los mismos². Esta situación es tan frecuente en nuestros días y tan preponderante para el Derecho de daños, que el mismo DÍEZ-PICAZO ha sostenido que "muchos de los eventos dañosos son difícilmente imputables, si la imputación se realiza

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Cívitas, 1999, pág.159 y ss.

² A esto mismo se refiere Peter H. SCHUCK, en el ámbito anglosajón, cuando habla de "causación social" y "daños sociales" (*vid.* "Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales", en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos Rosenkrantz, compilador, Barcelona, 2005, pág. 171 y ss.)

rigurosamente, a un individuo aislado y más bien tienen que serlo algún conjunto más o menos numeroso de individuos"³. La justificación a esta afirmación nos la proporciona la vida diaria y la observación de las formas de relación entre los distintos individuos, donde la asociación de personas en colectividades de diversa índole se erige en uno de los mecanismos favoritos utilizados para la consecución de fines preestablecidos, como una aplicación de la vieja y popular expresión "la unión hace la fuerza". Esto se traduce en mayores posibilidades para dichos grupos de abaratar costos, llegar a un gran número de personas y maximizar los beneficios perseguidos, cualquiera que sea su naturaleza, producto de las facilidades que implica el contar con el respaldo y colaboración de otros sujetos.

Al abarcar de esa manera un espectro más amplio de personas, más son quienes se ven afectados, positiva o negativamente, por el accionar de tales grupos. Por lo tanto, surgen entre esas asociaciones y aquellos con quienes se involucran, una serie de vinculaciones que pueden acarrear no sólo efectos provechosos para ambas partes, que es lo ideal, sino que también pueden generarse perjuicios, daños o molestias que necesariamente deben ser reparadas por quien las causa, en la medida que se verifiquen las condiciones necesarias para ello. Lo que no es nada nuevo, si tomamos en cuenta que es exactamente la misma situación que se puede observar entre sujetos particularmente considerados en casos similares. Pero es indudable que hay una ampliación manifiesta en el modo en que los individuos buscan la satisfacción de sus necesidades y la consecución de sus objetivos, que les impulsa a unir fuerzas en diversas formas colectivas de organización y relacionarse de una manera que puede plantear al Derecho de daños problemas de no siempre fácil resolución.

Este fenómeno de colectivización de las actividades es fruto de una evolución desarrollada a lo largo de las centurias, que se ha manifestado más intensamente a partir de los siglos XVIII y XIX, períodos en los que la industrialización y la producción masiva de bienes y servicios empiezan a adquirir niveles cada vez más considerables, lo que hace imperiosa la creación de empresas e

³ DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág.160.

industrias de gran magnitud, públicas y privadas. No obstante, no debe olvidarse que en los albores de la responsabilidad civil, fundamentalmente en el primitivo Derecho Romano, ésta presentaba características similares a la de nuestros tiempos, por cuanto los daños que la conducta individual provocaba no sólo afectaban al sujeto en particular, sino que también al grupo del que éste formaba parte, fuera un clan, tribu o familia. Además, se trataba de una responsabilidad con un claro tinte objetivista, por cuanto al imponerse una compensación no se apreciaba el elemento subjetivo de la culpa en el causante del daño, sino que la mera existencia de éste movía al dañado a buscar su reparación de manera visceral e impulsiva, al tratarse de sociedades donde la autocomposición era todavía la primera vía de solución de conflictos, por una parte, y por la fortaleza del vínculo entre las personas y el grupo al que pertenecían, por otra.

En la medida que las sociedades antiguas van alcanzando un mayor desarrollo de sus instituciones, la característica recién descrita se va diluyendo para dar paso a ideas que propugnan la racionalidad de las compensaciones y que priorizan la búsqueda de responsabilidades estrictamente individuales. "De colectiva, objetiva y penal, la responsabilidad pasará a ser individual, subjetiva y civil; se elimina la solidaridad familiar; la intención prepondera sobre la causalidad material; la reparación del daño se disocia del castigo del culpable", decía CARBONNIER⁴. En este proceso se elabora por los juristas romanos el concepto de culpa, que necesariamente implica un análisis del comportamiento individual de las personas, un estudio psicológico de la voluntad de cada sujeto considerado como eventual y exclusivo responsable de hechos dañosos. Este desarrollo de la idea de culpa da origen a la responsabilidad subjetiva, a partir de la *Lex Aquilia*, base de los modernos regímenes de responsabilidad por daños y que ha sido el sistema de imputación que preponderantemente ha imperado en nuestro Derecho desde esos tiempos, con diversos matices y tendencias dependiendo de la postura dogmática o filosófica que hubiesen adoptado los estudiosos del tema en la respectiva etapa histórica⁵.

⁴ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, Tomo II, Volumen III, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971, pág. 57; DEROUSSIN, David, *Histoire du Droit des Obligations*, Paris, 2007, págs. 643 y 644.

⁵ DEROUSSIN, *Histoire du Droit des Obligations, op. cit.*, págs. 645 y 646.

Al momento de producirse los movimientos codificadores del siglo XIX este criterio fue, por supuesto, el que adoptaron los autores del Código Napoleónico. Sin embargo, y como lo ha subrayado VINEY⁶, ello no se debió a la imposición por parte de sus redactores de determinados criterios de pensamiento basados en una u otra escuela filosófica, sino más bien a la concreción de reglas que regularan de la mejor manera posible las relaciones interindividuales, tal como ellas se observaban al momento que debieron asumir la labor codificadora. Y si nos detenemos un momento a analizar cómo se desenvolvían esas relaciones, veremos que su fisonomía era fundamentalmente individualista: comunicación directa entre sujetos aislados, relaciones de vecindad desarrolladas exclusivamente entre los interesados, vínculos comerciales entre un proveedor o suministrador y un adquirente del producto o servicio, además de tratarse de actividades económicas o comerciales que no requerían para su concreción más que un trato personalizado (comercio minorista, actividades agrícolas o ganaderas a niveles de microproducción). Es decir, múltiples formas de relación cuyas características se definían de manera exclusiva y detallada por los individuos interesados y en que toda clase de dificultad que surgiera debía ser resuelta del mismo modo, especialmente si se trataba de la aparición de daños de cualquier tipo que urgieran una reparación para el afectado por perjuicios que no tenía que soportar, necesariamente.

Pero, como ya se dijo más arriba, a partir de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX este panorama comienza a experimentar notables modificaciones, debido fundamentalmente a que las actividades desarrolladas por las personas empiezan a adquirir marcados acentos colectivos. Las consecuencias de la Revolución Industrial se manifiestan en aspectos tales como el maquinismo tecnologizado y la producción en serie a grandes escalas, a causa del aumento de la demanda de bienes y servicios, que imponen a los productores la agrupación en asociaciones de diversa índole para atender a necesidades cada vez mayores. Así, las actividades productivas dejan de ser únicamente agrícolas, artesanales y comerciales

⁶ VINEY, Geneviève, “De la responsabilité personnelle á la repartition de risques”, en *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1977, pág. 5 y ss.

a bajos volúmenes y pasan a tener características de masividad no observadas anteriormente. De ahí y hasta nuestros días, se ha verificado un proceso de colectivización de actividades de todo tipo como consecuencia de diversos requerimientos sociales, cuyos efectos han sido notoriamente positivos en muchísimos aspectos, pero que también han dado lugar a formas de daños y perjuicios que son nuevos y variados y a los que el Derecho de daños ha debido hacer frente, con no pocas dificultades⁷.

En este sentido, puede afirmarse que este proceso de colectivización de las actividades humanas ha sido el principal causante de consecuencias visibles en el Derecho de daños de las que quisiera dar cuenta, corriendo el riesgo de omitir muchas de ellas, por lo que, aclaro desde ya, que mi intención es hablar de aquellas que me parecen más relevantes y funcionales al tema puntual que nos preocupa.

En primer lugar, los autores sostienen que el primero y más perceptible de estos efectos es la vigencia preponderante del principio *pro damnato* o del resarcimiento del daño⁸, por el cual, al momento de evaluar la existencia de responsabilidad, se privilegia a la víctima y su pretensión de indemnización frente a cualquier daño sufrido que, por alguna razón jurídicamente respaldada, no se encuentre obligado a soportar. La adopción de este principio como rector de las reglas sobre responsabilidad extracontractual ha significado una revisión de muchas nociones propias de esta rama del derecho, como la culpa y la relación de causalidad, así como el concepto y extensión del daño mismo, y su reelaboración,

⁷ Un estudio en detalle de esta transformación de la responsabilidad civil puede encontrarse en la obra de Geneviève VINEY especialmente dedicada al efecto, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Bibliothèque de Droit Privé, 1965, y también en *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998, pág. 5 y ss., además de su trabajo ya citado. Los esfuerzos de esta autora francesa han influenciado fuertemente trabajos que sobre la misma temática ha realizado Díez-PICAZO, como su famoso artículo "La responsabilidad civil hoy", *Anuario de Derecho Civil*, 1979, en especial la página 733 y ss. Finalmente, también es recomendable la síntesis de CARBONNIER, *op. cit.*, págs. 59 y 60.

⁸ Díez-PICAZO, "La responsabilidad civil hoy", *op. cit.*, pág. 732; REGLERO CAMPOS, Fernando, "El nexo de causalidad y la socialización del riesgo", en *Revista del Poder Judicial*, N° 7, septiembre de 1987, págs. 141 y 142; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Teoría de la responsabilidad civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 52 y ss.

especialmente por parte de la doctrina jurisprudencial, a fin de acomodarlos a las nuevas corrientes y necesidades.

Por otra parte, parece evidente que la modificación de las conductas humanas en el sentido que se viene exponiendo ha sido uno de los detonantes principales para la adopción de manera definitiva por un importante sector de la doctrina del sistema de responsabilidad objetiva y del riesgo como criterio de imputación. Al industrializarse y masificarse las actividades productivas, con una fuerte incorporación de maquinarias e ingenios de toda índole, se produjeron beneficios sociales indudables, pero así también aumentaron los riesgos para la comunidad en general, al igual que las consecuencias dañosas que debían afrontar y que eran causadas por la utilización de tales artefactos. Ello, sumado a las propias debilidades técnicas que presenta la responsabilidad por culpa, manifestadas principalmente por la dificultad que su prueba suele implicar para la víctima, hizo aparecer la necesidad de un sistema de responsabilidad que asegurase el resarcimiento de los perjuicios sobrevenidos por actividades modernas, satisfaciendo así las ansias de justicia social experimentadas por masas cada vez más descontentas con las vías de reparación que les ofrecían los tradicionales sistemas del Derecho de daños⁹.

Asimismo, la figura de la desindividualización de la responsabilidad por eventos ilícitos ha hecho sentir sus efectos en el fundamental tema de la reparación de los daños. En efecto, se ha observado en la experiencia española y comparada toda una transformación de los mecanismos de resarcimiento que busca asegurar y garantizar a los afectados por siniestros, una compensación satisfactoria en comparación al detrimento que han sufrido. Ello no siempre será posible, por cuanto no en todas las ocasiones el ofendido podrá demostrar fehacientemente los fundamentos de su pretensión, o bien sucederá que el hechor no

⁹ Una visión global del fenómeno de la transformación de la responsabilidad civil desde un sistema culpabilístico hacia uno objetivado se encuentra, ya sea en términos generales o circunscrito a la realidad española se encuentra en la famosa obra de Santiago CAVANILLAS, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, 1987, y en el trabajo de Nils JANSEN, “Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna”, *InDret*, www.indret.com, N° 128, abril de 2003.

necesariamente gozará de la solvencia necesaria para hacer frente al desembolso económico que implica el pago de una indemnización, con el consiguiente peligro para el lesionado de no alcanzar la satisfacción perseguida. Por lo mismo, se han ideado sistemas que buscan precisamente proporcionar a las víctimas la tranquilidad de una reparación eficaz y oportuna, lo que ha dado lugar a la aparición del fenómeno generalmente conocido como "socialización del riesgo", entendida ésta como "la distribución social de las consecuencias económicas que comporta todo tipo de daños"¹⁰. "Así, se distinguen unos métodos indirectos y otros directos de la socialización de la responsabilidad. Entre los primeros se halla en primer lugar la aplicación a las personas jurídicas de la técnica clásica de la responsabilidad civil, y en especial el seguro de responsabilidad concertado por personas físicas. Como método directo de socialización del resarcimiento se halla el seguro social de accidentes de toda clase, intuido o incluso propuesto por la doctrina más avanzada para eventos que hasta ahora no han salido en sus efectos de la esfera del Derecho Privado"¹¹. A través de mecanismos como el descrito, al que habría que agregar los fondos de garantía, aparecidos especialmente en la segunda mitad del siglo veinte, se obtiene lo que el profesor Ricardo DE ÁNGEL ha llamado "la garantía colectiva", ya que "la colectividad de los posibles causantes de daños hace viable el resarcimiento de todas las eventuales víctimas"¹².

Sin embargo, la manifestación de este fenómeno ha provocado que durante gran parte del siglo pasado se haya levantado por un importante y autorizado sector de la doctrina, una línea de pensamiento que sostiene que la responsabilidad extracontractual, tal y como ella se ha concebido desde sus albores, basada en criterios individualistas y con la culpa como criterio de imputación casi absoluto, se encuentra en un camino de transformación de tal magnitud que la evolución así desarrollada no puede concluir sino con la declinación, e incluso desaparición, de la responsabilidad individual. Esta idea se basa fundamentalmente en la influencia que

¹⁰ REGLERO CAMPOS, "El nexo de causalidad y la socialización del riesgo", *op. cit.*, pág. 144.

¹¹ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1993, pág. 326.

¹² DE ÁNGEL, *Teoría de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 59. De hecho, este autor sostiene que la solución definitiva a este problema pasa por el seguro obligatorio.

ha tenido esta tendencia conocida como socialización de los riesgos¹³, a través de la adopción constante y progresiva de seguros de responsabilidad civil, mediante los cuales los daños causados son cubiertos inmediatamente a través de ese sistema, sin necesidad de indagar en la relación que pueda existir entre el autor y el perjuicio¹⁴. Ya hace varios años atrás, Jean CARBONNIER se preguntaba si llegaría el día en que toda la colectividad repararía los daños que pudiesen acontecer, caso en el que el pago de las indemnizaciones ya no correría por cuenta de las aseguradoras, sino del impuesto. Según este eminente autor francés ello no produciría sino una hipertrofiación de la responsabilidad, al no haber necesidad de encontrar algún tipo de relación entre el daño y la obligación de reparar¹⁵. DE ÁNGEL, en la literatura jurídica española, ha vaticinado que la tendencia observada indica que en un futuro no muy lejano todos los daños ocasionados estarán cubiertos por la respectiva póliza de seguros, al punto que no existirían demandas de responsabilidad civil, a excepción de aquellas que le corresponderían a las compañías aseguradoras como consecuencia de la subrogación que asumen en los derechos de los asegurados¹⁶.

A pesar de lo autorizada de la opinión anterior, este panorama no es compartido unánimemente. Por ejemplo, en España, DÍEZ-PICAZO no cree que tal predicción pueda llegar a concretarse alguna vez, basándose en lo que ha sido la experiencia española en el tema. Así, afirma que en este país han operado una serie de factores que han impedido una concreción exitosa del sistema de socialización, tales como las sucesivas recesiones económicas, que han impedido a las compañías aseguradoras cumplir con sus compromisos; la negativa de estas instituciones a cubrir aquellas actividades que presentan altas posibilidades de daño; o el aumento desmesurado del número y monto de las indemnizaciones a pagar, sin que existan criterios predeterminados para las compañías a los que atenerse con

¹³ El autor francés Patrice JOURDAIN llega a hablar muy gráficamente de "la amenaza de los sistemas de indemnización colectiva" (*vid. Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 1994, pág. 21 y ss.).

¹⁴ Sobre este tema existen obras que lo tratan en detalle, y entre las cuales destaca una que constituye a estas alturas un verdadero paradigma: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, de la autora francesa Geneviève VINEY, *op. cit.*

¹⁵ CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 59.

¹⁶ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 59.

cierta seguridad y anticipación para los efectos de la determinación de las primas¹⁷. Esta inestabilidad del sistema de aseguramiento de los daños ha conspirado para su asentamiento definitivo, echando por tierra las predicciones iniciales que al respecto han propuesto los autores anteriormente mencionados.

Lo que nadie discute hoy en día es que si no fuera por la existencia del seguro de daños, a pesar de las opiniones encontradas que este mecanismo de resarcimiento pueda generar, la contemporánea responsabilidad civil no presentaría grandes diferencias con la observada a principios del siglo XIX¹⁸. Y más allá de si las previsiones acerca del futuro de la responsabilidad civil que se puedan esbozar por los especialistas llegarán a cumplirse o no, lo cierto es que las transformaciones sociales obligan las transformaciones del Derecho, por lo que el fenómeno de desindividualización del Derecho de daños no es sino un reflejo de la forma de vida que se observa en el mundo de hoy y a cuyos desafíos es necesario hacer frente, adaptando muchos de sus criterios, aunque no necesariamente derogándolos, como podría pensarse respecto del concepto tradicional de culpa, aparentemente tan poco acomodable a la realidad contemporánea, pero respecto de la cual, como dice SANTOS BRIZ, no se puede prescindir, "...sino, a lo más, dar a su concepto una mayor amplitud, sin que haya inconveniente en considerar culposas las manifestaciones que aún no derivadas de descuidos o negligencias, provengan simplemente de la debilidad humana y de la limitación de capacidad del hombre para reaccionar adecuadamente en ciertas situaciones"¹⁹.

Ahora bien, todo lo dicho hasta el momento acerca de la socialización de los riesgos dice relación con una situación específica: la irrupción del seguro de responsabilidad civil como nueva forma de cubrir los daños ocasionados por siniestros de cualquier índole acaecidos en la vida social. Sin embargo, esta idea me parece restringida si se la compara con una noción un poco

¹⁷ Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 190 y 191.

¹⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando, "Los sistemas de responsabilidad civil", en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 178.

¹⁹ SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 19.

más amplia, propugnada por algunos autores²⁰, que incluye como manifestación de este afán por garantizar el resarcimiento a las víctimas a la implementación cada vez más frecuente por la ley y, especialmente, la jurisprudencia, de la responsabilidad solidaria por daños causados debido a la intervención de una pluralidad de individuos.

La realización de actividades grupales, emprendidas para estos efectos por dos o más personas, cualquiera que sean las razones por las que ellas se lleven a cabo (deportivas, profesionales, empresariales, por mencionar algunas manifestaciones), conllevan la posibilidad de un daño para terceros. Enfrentados a la concreción de esta posibilidad, las hipótesis de daños derivados de actividades grupales obligan al análisis en detalle de dos grandes aspectos de esta forma de siniestro, unidos íntimamente entre sí.

La primera de estas categorías se refiere a las formas de intervención plural, es decir, a las diversas maneras en que puede desarrollarse una actividad colectiva causante de un daño. Las formas de actuación del conjunto de individuos que lleva a cabo una actividad pueden ser distintas y tener cada una de ellas sus propias peculiaridades. Así, la intervención plural no es la misma si se lleva adelante por varios sujetos en forma conjunta y planificada (coautoría) que realizada por los mismos individuos en forma aislada, singular y sin concertación previa (causalidad concurrente o acumulativa), o la que produce un perjuicio por la actuación de uno solo de ellos, por más que la actividad de riesgo se realice por todos (causalidad alternativa). La responsabilidad en cada caso puede llegar a ser distinta, incluso. Por lo mismo, es preciso diferenciar y configurar cada una de estas formas de participación plural para precisar cuando estaremos en frente de una u otra.

Por otra parte, uno de los grandes problemas surgidos a propósito de la participación de varios en una actividad dañosa es el relativo a la forma en que deben responder aquellos involucrados frente a la víctima, si en forma

²⁰ Por ejemplo, François CHABAS, en *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Paris, 2004, pág. 100 y ss., a propósito de la institución de las obligaciones *in solidum*, o solidaridad imperfecta.

mancomunada o solidaria. El problema de la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad de los miembros de un grupo involucrado en la producción del daño es a estas alturas un debate clásico en la doctrina española dedicada al tema, respecto del cual surgen cada cierto tiempo nuevos aportes e ideas en uno u otro sentido²¹, por lo que parece difícil declararlo cerrado.

Ahora bien, estos dos grandes temas de estudio mencionados y que derivan de la actividad dañosa de varios sujetos, se encuentran íntimamente ligados con el análisis del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, por cuanto es posible alinear esta categoría de siniestro como una figura de intervención plural conocida como causalidad alternativa (aunque, como veremos, no se trate en realidad de un daño causado por varias personas, sino exclusivamente por una). Además, la consecuencia que se postula en este trabajo para el daño en estudio es la llamada responsabilidad colectiva, que no es otra cosa que la condena solidaria de todos los miembros del grupo al que pertenece el único dañador, por lo que el traslado de la polémica entre mancomunidad y solidaridad a que he hecho mención es inmediato.

En atención a los criterios que acabo de mencionar es que el estudio de ambos objetos de análisis, formas de intervención plural y naturaleza de la responsabilidad grupal, se realizará con cierto grado de detención en el Capítulo Segundo de esta investigación, a propósito de los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un colectivo, donde espero indagar en estas materias con vistas a su mejor aplicación a esta clase de daño, objeto central de este trabajo.

Finalmente, podemos hacer una breve enumeración de diversos aspectos que los estudiosos del tema se han ido planteando en la medida que el tema de la desindividualización del Derecho de daños y la colectivización de la producción de los hechos dañosos ha ido cobrando cierta preponderancia en los análisis de la responsabilidad extracontractual más recientes: la situación de la responsabilidad civil de las personas jurídicas por daños causados en el desempeño

²¹ Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Editorial Cívitas, 2007, por ejemplo.

de sus actividades; los perjuicios sufridos por grupos numerosos de personas y las acciones concedidas a dichos grupos o a sus componentes individuales para la obtención de reparación (la situación de los intereses colectivos, difusos y de las *class actions*); la disyuntiva acerca de la existencia o inexistencia de bienes colectivos, desde el momento que hay daños de carácter colectivo, y cuáles serían esos bienes, así como quiénes serían los legitimados para demandar una indemnización por las lesiones a los mismos. Todas materias de apasionante interés, pero de tratamiento demasiado extenso como para profundizar su análisis en este trabajo²².

Dentro de esta serie de casos recién enumerados se encuentra inmersa esa forma puntual y específica de lo que hemos llamado desindividualización del Derecho de daños, y que se refiere al daño causado por un autor indeterminado, pero que integra o forma parte de una colectividad claramente identificada, en que un sujeto perteneciente a un grupo o asociación, comete un hecho reprobable desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, pero el anonimato que le proporciona su pertenencia a dicho grupo dificulta la imputación de ese suceso ilícito a quien lo causó. Este supuesto se encuadra dentro de todo este fenómeno de daños causados o producidos colectivamente, o como consecuencia del desarrollo de actividades colectivas, y que ha atraído la atención de numerosos especialistas por lo novedoso de su planteamiento y por los múltiples matices que ofrece su estudio. En efecto, si se observa con cuidado, es posible concluir que esta

²² Sólo con la finalidad de proporcionar algunos datos respecto de autores y trabajos destacados que puedan orientar más reflexiones sobre estos temas, cabe mencionar los siguientes, dentro de una enorme gama de posibilidades: GUÉGAN-LECUYER, Anne, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, 2006; LORENZETTI, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, en *LA LEY*, 1996, N° 150, y “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, en *Revista Práctica de Derecho de daños*, N° 1, enero de 2003, pág. 5 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Editorial Aranzadi, 1999; CHABAS, François, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit a réparation*, Paris, 1967; DE CUEVILLAS, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 221 y ss.; GAMBARO, Antonio, “Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi”, en *Per una reifirma della responsabilita' civile per danno all'ambiente*, Giuffrè Editore, 1994, pág. 43 y ss.; y LLAMAS POMBO, Eugenio, “Acciones colectivas contra daños”, en *Sobre la responsabilidad civil y su prueba*, Fernando Reglero Campos y Mariano José Herrador Guardia, Sepin, Madrid, 2007. Esto sin contar obras ya citadas y por citar, mas espacios contenidos en obras generales o escritas a propósito de otras materias.

clase de daño obedece al patrón del fenómeno en estudio, por cuanto se produce a propósito de una actividad que involucra, por lo menos, a dos posibles autores; la imposibilidad de identificar cuál de ellos ha sido el autor material deja en la indefensión a la víctima, quien no puede respaldar probatoriamente su pretensión indemnizatoria; esta circunstancia nos hace invocar el principio *pro damnato* para acudir en ayuda del desventurado ofendido; esta ayuda se manifiesta a través de la responsabilidad colectiva, esto es, la condena de los miembros del grupo al pago de una indemnización en forma solidaria, lo que, se dijo, no es sino una forma de socialización de los daños.

En fin, que no parecen haber dudas en cuanto a que el daño causado por un integrante no individualizado de un conjunto de sujetos es un claro ejemplo de esta característica de la responsabilidad extracontractual en nuestros tiempos, cual es la desindividualización de esta área del Derecho. Por lo mismo, no resulta descabellado afirmar que esta categoría de daño es, como aquella, un claro signo del estado del contemporáneo Derecho de daños, con todo lo bueno o malo que ello pueda significar.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Como ya tendré oportunidad de demostrar a lo largo de este trabajo, las modernas tendencias jurídicas parecen optar en su mayoría, aunque no sin discusiones, por adoptar la condena solidaria de todos aquellos miembros o componentes de un colectivo cuando el único autor de un daño pertenece a dicho grupo, pero es imposible su plena identificación. Es más, en términos generales puede sostenerse que se observa en la doctrina, jurisprudencia y legislación, tanto de España como comparada, una cierta inclinación por obviar cualquier falta de identificación del autor de un daño al momento de buscar e imponer responsabilidades, recurriéndose a soluciones como la responsabilidad solidaria de todos aquellos que participan en la causación de un daño, aunque no se sepa su grado de contribución al daño, o a las reglas sobre responsabilidad por hecho ajeno, por señalar algunos ejemplos.

Ahora bien, una opción como la responsabilidad colectiva trae consigo una consecuencia específica que inevitablemente causa polémicas y opiniones encontradas: la condena por un cuasidelito civil de personas que no son autores del mismo y la imposición de una indemnización a quienes, aparentemente, no tienen responsabilidad en los sucesos que ocasionaron detrimento al beneficiado con el resarcimiento de perjuicios. Son individuos que, en principio, disfrutaban de una absoluta inocencia, pero que van a cargar con el mismo peso que el auténtico responsable, por el solo hecho del anonimato de aquél. No se puede comprobar su autoría pero a pesar de ello se les imputa y sanciona como si la tuvieran. ¿Es ello posible? ¿Es aceptable para el Derecho que se implementen remedios como ese? ¿Es posible tolerar soluciones que, a primera vista, repugnan a los más elementales principios jurídicos, uno de los cuales puede ser la presunción de inocencia de aquel en contra de quien no existen pruebas contundentes que acrediten su autoría en un acontecimiento dañoso? Se trata de inquietudes plenamente válidas y que requieren un análisis detenido, para el cual deben tomarse dos puntos de referencia: la evolución que ha experimentado la comprensión de dos presupuestos de la responsabilidad extracontractual, como lo son la relación de causalidad y la culpa como criterio de imputación²³, en primer término, y de los fines u objetivos perseguidos por el Derecho de daños, a continuación.

Respecto de la relación de causalidad, puedo adelantar que en el Capítulo Quinto realizaré un modesto repaso de la situación vigente en el sistema español en lo que dice relación a la notoria evolución de las teorías respecto de la naturaleza de este concepto y la creciente irrupción de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina y jurisprudencia, además de la aplicabilidad de estos conceptos a la responsabilidad colectiva. Pero, en vista del objetivo que persigo, me

²³ Así, resultan válidas las palabras de Virginia MÚRTULA: “En este orden de ideas, resulta notorio que las bases mismas de la responsabilidad individual tradicional deberían repensarse cuando estemos ante la acción de un grupo de personas que ha causado un daño. Pero esta idea no resulta extraña al propio sistema si tenemos en cuenta que durante el siglo XX hemos asistido en general a un cambio importante de los pilares clásicos de la responsabilidad civil, cuales son la culpa, la ilicitud o antijuridicidad del hecho, y la relación de causalidad inexcusable entre la acción u omisión y el daño causado” (*La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Editorial Dykinson, 2005, pág. 79).

gustaría tratar en este apartado una de las formas en que la relación de causalidad ha sufrido una importante mutación: su prueba. DÍEZ- PICAZO ha sintetizado este fenómeno en los siguientes términos: “Se ha señalado como una de las características que presenta la jurisprudencia de los tribunales, en nuestro país, en punto a la responsabilidad civil extracontractual, son las erosiones que experimentan las reglas sobre prueba de la relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado y el daño cuya indemnización se pretende. Ciertamente, cuando se trata de actividades que se encuentran especialmente vinculadas con desarrollos científicos o tecnológicos, resulta extraordinariamente difícil conocer bien la forma en que se han desarrollado los procesos causales. De esta suerte, el demandado puede quedar indefenso si carece de conocimientos suficientes o no dispone de los medios documentales y periciales necesarios al efecto. Por ello, algunos autores defienden que, en los casos difíciles, el juez puede contentarse con la probabilidad de la existencia de la relación de causalidad o con un sencillo cotejo..., de la mayor probabilidad de que exista la causalidad pretendida por el demandante frente a la tesis contraria...Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo, en alguna notoria sentencia, en casos en que la causalidad no se encontraba establecida, ha admitido que ésta pueda quedar simplemente presumida, en ocasiones a través de simples *praesumptiones facti*, en otras decididamente en *praesumptiones iuris*”²⁴.

Como se desprende de este comentario, la “erosión” en la prueba de la causalidad, cada día más patente en las sentencias de los tribunales (aunque a veces con resultados que pueden exceder lo recomendable), ha abierto las puertas a un entendimiento más flexible de este presupuesto, lo que necesariamente trae como consecuencia que casos tan complejos como el que nos ocupa puedan resolverse por la vía de las presunciones de causalidad, por una parte, y a través de la búsqueda de nexos subsidiarios entre el daño y los posibles autores del mismo, por otra²⁵. Se trata, entonces, de entender la relación de causalidad de una manera

²⁴ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 238.

²⁵ A modo de justificación a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, y a propósito del requisito de la relación de causalidad, DE ÁNGEL ha dicho que “...es evidente que del actuar *todos* peligrosamente no deriva de forma directa el daño que con seguridad *sólo uno* produjo. Pero no encontramos mayor dificultad para que el requisito del nexo causal pueda ser objeto de una laxa interpretación –o incluso de una genuina presunción-, pues fórmulas jurídicas tan o más atrevidas que ésta ya vienen siendo puestas en juego por los tribunales de los países cuyo Derecho de daños está

menos rígida, no en lo que se refiere a su concepto, sino más bien en otros aspectos relacionados con el mismo, como el ya mencionado ítem probatorio.

En ese sentido, se ha señalado con acierto que en el moderno Derecho de daños es posible observar toda una corriente motivada por la protección de las víctimas, que se ha traducido en la elaboración de una serie de doctrinas, entre las cuales se encuentran, entre otras, la responsabilidad colectiva, la teoría de la pérdida de oportunidad (o *chance*) y la responsabilidad por cuota de mercado, cuya finalidad común parece ser ampliar el número de potenciales responsables, porque se considera de máxima injusticia supeditar el nacimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente y completa del nexo de causalidad. Esto, a diferencia del objetivo perseguido por las modernas teorías causales, especialmente la teoría de la imputación objetiva, la cual, a través de sus criterios de imputación, persigue exactamente lo contrario: disminuir al mínimo las posibilidades de aplicación del sistema causal fáctico basado en la teoría de la equivalencia de las condiciones, al que se acusa de desmesurado y exento de límites²⁶.

En otro ámbito, es sabido que la culpa ha sido históricamente el criterio de imputación por excelencia al momento de atribuir la realización de un hecho delictivo civil a un individuo. Si esta persona ha llevado a cabo una acción en forma negligente, descuidada o imprudente, y a consecuencia de ello surge un resultado que daña o lesiona a otro, sea en sus bienes, su persona o sus afectos, se encuentra obligado a indemnizar tales daños, en la medida que se comprueben por el afectado los presupuestos básicos que configuran la responsabilidad extracontractual: la existencia de una acción dañosa y culpable por parte de su autor y el daño por ella producido, más la necesaria relación de causalidad que debe mediar entre ambos sucesos. Sin embargo, este escenario ha sufrido desde fines del siglo XIX todo un cambio con la aparición de nuevas formas de entender la responsabilidad, debido fundamentalmente a la irrupción, en el mundo del Derecho de daños, de la responsabilidad objetiva, que enarbola la bandera del riesgo como el

más firmemente arraigado en la doctrina de la culpa” (“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, N° 1, julio de 1983, pág. 74).

²⁶ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 255.

más adecuado factor de atribución de responsabilidad y que sostiene que ésta debe ser impuesta a todo aquel que cause un daño al realizar una actividad que le crea algún beneficio a costa del riesgo para los demás, aún cuando no exista culpa de su parte al momento de verificarse un acontecer perjudicial a causa de dicha actividad. La introducción de semejantes ideas no acarrió la muerte de la culpa como base de la imputación extracontractual, pero si hizo tambalear sus cimientos, haciendo que lo que durante siglos pareció ser un verdadero dogma de fe en el Derecho, pasara a ser una cuestión discutible y revisable²⁷. Por lo mismo, en situaciones como la de la responsabilidad colectiva, en que tantos problemas puede significar para la justicia de una solución el apegarse estrictamente al sistema de la culpa, el debilitamiento de ese concepto ha facilitado el alcanzar una respuesta como la que hemos desarrollado más arriba, que presenta su mayor manifestación en el artículo 33.5 de la Ley de Caza, que no sólo constituye una clara fórmula de responsabilidad colectiva en el sistema legal español de responsabilidad extracontractual, sino que también impone ésta bajo criterios objetivos, haciendo responsables a los miembros de la partida de caza involucrados sin necesidad de parte de la víctima de acreditar su negligencia en los hechos que se les imputan.

Por otra parte, tenemos que considerar necesariamente el asunto de los objetivos y metas que se persiguen con el Derecho de daños, las finalidades que se busca alcanzar con el instituto de la responsabilidad extracontractual, los principios que inspiran a las mismas y la forma en que tales objetivos y finalidades nos pueden iluminar para entender las actuales respuestas a intrincados conflictos jurídicos como el de la responsabilidad colectiva.

La ruta que debemos seguir para llegar a una cabal comprensión de este aspecto del análisis nos lleva a la dicotomía del fin sancionador y el fin reparador del Derecho de daños, sin perjuicio de que esta vertiente del Derecho posea otros, que no es del caso revisar más minuciosamente en este estudio, por

²⁷ Sobre esta materia hay interesantes análisis en la literatura española: *vid.* DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Cívitas, 1995, pág. 29 y ss.; Díez-PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 93 y ss; y, por supuesto, CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, op. cit.*

excederlo²⁸. Al respecto, resulta recomendable citar a la prestigiosa autora francesa Geneviève VINEY, quien aborda este tema en su obra ya mencionada en estas páginas y que es clásica en la materia²⁹, y en la cual alude a lo que ella llama “las dos caras gemelas de la institución”, con lo que pretende distinguir entre estas dos características que presenta el Derecho de daños, desde el punto de vista de sus finalidades. Así, afirma la autora que si a éste lo contemplamos desde el punto de vista del autor del hecho reprobable y como una forma de obtener una sanción por ese acto, es claro que es imposible sancionar a quien no es culpable real y directo del hecho y que, al no ser posible la identificación del miembro del grupo autor del daño, nadie puede ser condenado. Pero, al mismo tiempo, si observamos al Derecho de daños como un mecanismo compensatorio, de reparación de la víctima, la prioridad es la defensa de los derechos del afectado, por lo que una solución como la que se está planteando, en que se sanciona de manera grupal a todos los intervinientes, prescindiendo de criterios estrictamente culpabilísticos, es perfectamente admisible si se quiere evitar con ello la injusticia de que el perjudicado no obtenga indemnización³⁰. La jurista es partidaria de una solución que castigue a todos los integrantes del grupo de manera solidaria, en la medida que no sea posible la prueba de la imputabilidad y se mantenga este remedio dentro de ciertos marcos estrictamente razonables.

²⁸ A modo de ejemplo, sólo enumeremos los roles que menciona y analiza Pablo SALVADOR CODERCH, en su obra *Prevenir y Castigar* (coescrito junto a María Teresa CASTIÑEIRA PALOU; Carlos Gómez Ligüerre, coordinador del texto, Marcial Pons, 1997, pág. 101 y ss.), sostiene que las funciones del Derecho de daños son las siguientes: función demarcatoria, función compensatoria, función distributiva, función preventiva y función satisfactiva. Sobre esta materia, más reciente en el tiempo y poniendo el énfasis en la función reparatoria de esta área del Derecho, *vid.* el trabajo de Eugenio LLAMAS POMBO, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007, pág. 445 y ss.

²⁹ VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, págs. 367 a 380.

³⁰ Este mismo esquema se reproduce en la distinción de la responsabilidad civil como deuda o como crédito. En la primera faceta, la responsabilidad se entiende como una valoración de la conducta del sujeto deudor, donde los presupuestos más apreciados son la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad, presentando la autoría un carácter marcadamente individualista. La función de la responsabilidad extracontractual es eminentemente sancionatoria. En tanto, la responsabilidad entendida como crédito se preocupa de la valoración de los intereses del acreedor, teniendo preeminencia en el análisis el daño, como objeto del crédito, y la relación de causalidad. Bajo esta forma, la responsabilidad abandona su carácter individual y el pago de las indemnizaciones se vincula al seguro. El principal objetivo de esta concepción de la responsabilidad es la satisfacción de las víctimas (LORENZETTI, “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, *op. cit.*, págs. 6 y 7).

La simpleza y contundencia del enfoque que le da la profesora francesa a esta materia brilla por su lucidez y me identifica plenamente. Es claro que la finalidad básica y primera del Derecho de daños no es otra que la de resarcir y compensar a la víctima de los daños sufridos a causa de hechos perjudiciales. Por supuesto que posee otras, la de prevención especialmente, pero el objetivo que comanda a la responsabilidad extracontractual es la intención de reparar los sufrimientos o privaciones del afectado. Y si es así, tal idea debe orientar las salidas a conflictos que puedan surgir en la vida diaria y que el Derecho de daños es llamado a resolver. Ello facilita la comprensión de la solución al problema de la responsabilidad colectiva a través de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo y mantiene a salvo la tendencia de protección de los intereses de la víctima. El autor inglés John FLEMING expresa muy bien esta idea cuando dice que no debe olvidarse que las técnicas legales y las doctrinas son solamente herramientas, y que la única medida para valorar su mérito es que nos permitan penetrar en lo esencial de un problema y alcanzar una decisión inteligente y articulada³¹.

En relación a lo hasta ahora dicho, me gustaría incorporar como opinión de sustento a la figura de la responsabilidad colectiva un razonamiento proveniente del pensamiento jurídico anglosajón, inspirado en los fundamentos de justicia de esta solución. Se refiere esta argumentación a la noción de justicia correctiva y su aplicabilidad a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo.

De acuerdo a la noción de Jules COLEMAN³², evidentemente influenciada por una visión económica del Derecho, y en lo que es pertinente a nuestro análisis, porque el asunto es bastante más complejo, la justicia correctiva es un principio que tiene como objetivo compensar los daños (pérdidas) causados por

³¹ “Here as elsewhere in the law one should not forget that legal techniques and doctrines are only tools, and that the only standard for judging their worth is the extent to which they help us penetrate to the essentials of an issue and reach an intelligent and articulate decision” (FLEMING, John, *Introduction to the law of torts*, Clarendon Press, 1985, pág. 105).

³² COLEMAN, Jules, “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, *La responsabilidad extracontractual, op. cit.*, págs. 57 y 58.

quien, además, ha experimentado un enriquecimiento injusto. Concurriendo estas dos circunstancias, pérdida y enriquecimiento injusto, la responsabilidad extracontractual debe encontrar en la justicia correctiva el ideal inspirador para la reparación de los daños, de modo que será obligado a reparar quien causa el daño en cuestión, provocando un perjuicio a la víctima y, al mismo tiempo, percibiendo un enriquecimiento injustificado. En otras palabras, la justicia correctiva obliga a establecer claramente una correlación entre dañador y dañado, de manera que quien daña, y sólo él, se encuentra obligado a indemnizar al ofendido, mientras que éste es el único que tiene derecho a ser compensado por quien lo dañó.

La opinión de COLEMAN ha sido refutada por ROSENKRANTZ³³. Para este autor, la noción de justicia correctiva, esto es, el pago de una compensación por quien efectivamente ha causado un daño a quien efectivamente lo ha sufrido, no es aplicable a toda clase de daños. Específicamente sostiene que es plenamente válido proponer este principio como directriz de la reparación de daños que son consecuencia de una o más acciones individuales o colectivas realizadas por alguien distinto al ofendido. Pero ello no es posible, prosigue este profesor, en supuestos que derivan de la actividad de un grupo de personas, entre los que se puede encontrar la propia víctima, consistente en acciones que no se pueden distinguir entre sí. O, en otros términos, porque no es posible identificar a quien los causó³⁴. A esta clase de daños ROSENKRANTZ los llama³⁵, siguiendo a SCHUCK³⁶, “daños sociales”, y a la forma en que ellos se verifican, “causación social” y “causación institucional”, en oposición a la “causación individual”, que cae dentro de la soberanía de la justicia correctiva.

ROSENKRANTZ se ha preocupado de distinguir qué clase de daños, o más bien dicho, de qué manera se produce esta causación social, cuyos

³³ ROSENKRANTZ, Carlos, “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran”, en *La responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, págs. 18 a 30.

³⁴ ROSENKRANTZ, “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran”, *op. cit.*, pág. 29.

³⁵ ROSENKRANTZ, “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, pág. 26 y ss.

³⁶ *Vid. supra*, 1, nota 2.

efectos están, en su opinión, al margen de la justicia correctiva. Así, sostiene que “causamos individualmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con una o más acciones distinguibles o identificables de uno o más agentes. Causamos socialmente cuando podemos describir un resultado como causalmente vinculado con un conjunto de acciones de uno o más agentes indistinguibles entre sí, entre las que se encuentra la acción de la víctima. Finalmente, causamos institucionalmente cuando el daño resulta del modo en que las instituciones sociales consideradas como un todo determinan la distribución de las cargas y beneficios sociales”³⁷.

De las palabras del autor recién citado se desprende que en aquellas hipótesis donde la posibilidad de identificar la acción concreta que causa un daño o cuál es el grado de intervención de varios causantes del mismo se reduce o no existe, la idea de justicia correctiva pierde su fuerza, puesto que se sustenta en la idea de un dañante y una víctima plenamente identificados. Y si bien es cierto que en su trabajo ROSENKRANTZ no incluye expresamente dentro de los daños sociales a aquellos causados por el integrante anónimo de un grupo, me parece evidente que su incorporación es posible, por cuanto se trata de una figura de idénticas características a las que el autor menciona, no tanto por tratarse de una situación emanada del hecho de varios sujetos (en esta clase de daños el autor material es uno), sino porque la identificación de la autoría no es posible.

Pero si la justicia correctiva no es el principio rector en base al cual atribuir la responsabilidad por estas clases de daños, ¿cuál debiera serlo? La solución la proporciona el propio ROSENKRANTZ: “La respuesta más natural al problema de los daños sociales consiste en sostener que deben ser adjudicados a la luz de los principios de la justicia distributiva, esto es, los principios que reglan la manera de distribuir los beneficios y los perjuicios de la cooperación social”³⁸. Esto último se relaciona directamente con las formas de socialización de los daños a que ya he aludido, sean el seguro, los fondos de garantía o la solidaridad.

³⁷ ROSENKRANTZ, “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, pág. 28.

³⁸ ROSENKRANTZ, “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, pág. 29.

Siguiendo con el análisis, queda pendiente afrontar el dilema que una opción como esta conlleva y que dice relación con el castigo y sanción a individuos que se encontraban ligados de algún modo al autor del daño, pero que no tienen precisamente ese carácter. Su responsabilidad podría aparecer como una injusticia de proporciones, si se mira con un criterio superficial. Las razones que ya se han expuesto me parecen sumamente clarificadoras, lo cual no significa negar el conflicto moral que suscitan y la validez de su planteamiento, pero sostengo que tienen suficiente poder como para superar dudas razonables.

Sobre lo anterior, el comentarista francés Georges DURRY, al pronunciarse acerca de una sentencia emanada de la Corte de Riom en el año 1966, que condenó solidariamente a un grupo de personas que apedreó a jóvenes scouts, hiriendo en el ojo a uno de ellos, sin que pudiera identificarse al culpable, señala que efectivamente existe en este caso condena para personas inocentes, pero acota que no pueden confundirse los principios del Derecho penal con los del Derecho civil, puesto que éstos tienden más a indemnizar los daños injustos que a castigar a los culpables³⁹. Así también lo piensa la jurisprudencia española, como lo demuestra un fallo del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 1994, donde se señala, a propósito del instituto de la presunción de inocencia, que “...*tal presunción no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación*”.

En definitiva, se trata de encontrar caminos que permitan superar el anonimato del autor de un hecho ilícito y de proteger a la víctima de la dificultad que entraña la búsqueda de un dañador entre varios que pueden tener ese carácter⁴⁰. La injusticia de abandonar al ofendido a su suerte, dependiendo

³⁹ DURRY, Georges, “Comentario de la Sentencia de la Corte de Riom de 1966”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1966, pág. 808, citado por DE ÁNGEL en “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 53.

⁴⁰ Este criterio también ha tenido eco en la jurisprudencia española que se inclina por la adopción de la responsabilidad colectiva como solución al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. De este modo, señalemos que la STS de 8 de febrero de 1983 (RJ 867) se ha basado en “...*la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de*

enteramente de su capacidad para descubrir al hechor y así poder obtener justa compensación a su perjuicio, no guarda relación alguna con aquella finalidad del Derecho de daños a que ya me he referido, ni guarda relación tampoco con mínimos criterios de equidad. Es con base en estos principios inspiradores que varios autores de distintas latitudes y en diversas épocas han manifestado su apoyo a la responsabilidad colectiva, o por lo menos han entendido su razón de ser. Algunos ejemplos: “Besson, en su comentario jurisprudencial citado, menciona el criterio de Ripert, según el cual el buen sentido y la equidad demuestran las inconsecuencias a las que conduce la aplicación rigurosa de las reglas jurídicas. Sin duda, decía Ripert, toda víctima debe establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador de responsabilidad. Pero cuando varias personas han cometido juntas el hecho dañoso, ¿no es singular que la situación de la víctima sea peor que si se hubiese tratado de un solo autor? No cabe, concluía el prestigioso Decano, imponer a la víctima la prueba diabólica consistente en atribuirle la obligación de demostrar el hecho preciso causante del daño” (DE ÁNGEL)⁴¹; “No se quiere en estos supuestos dejar sin satisfacción al lesionado, simplemente porque no se puede asegurar quién haya sido verdaderamente el causante del acto ilícito” (HEDEMANN)⁴²; “La solución inversa [la irresponsabilidad de los miembros del grupo] también ofrece sus riesgos de injusticia, ya que la víctima queda sacrificada por el sorprendente motivo de que hay dos imprudencias en lugar de una” (CARBONNIER)⁴³; “La jurisprudencia francesa ha empezado a resolver el problema descartando la responsabilidad si la causalidad no puede ser individualizada...La injusticia del resultado ha conducido por lo menos a buscar paliativos” (MARTY)⁴⁴; “Dadas las corrientes actuales en sentido objetivista, se

responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes del daño; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo”.

⁴¹ Cita mencionada en “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 44, donde se menciona también el comentario jurisprudencial de Besson. Este se encuentra en “Recueil Dalloz”, 1951, pág. 174.

⁴² HEDEMANN, J.W., *Derecho de obligaciones*, vol. III, Madrid, 1958, pág. 545.

⁴³ CARBONNIER, *Derecho civil, op. cit.*, pág. 78.

⁴⁴ MARTY, Gabriel, *La responsabilidad civil en Derecho comparado*, Barcelona, 1962, págs. 84 y 85.

suele desechar por inequitativa la tesis de la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas” (SANTOS BRIZ)⁴⁵; “...la norma persigue la protección de la víctima y mitigar las dificultades que ésta encuentra para probar los presupuestos de su pretensión de resarcimiento en estos casos, habida cuenta de que la prueba del nexo causal es más fácil para los demandados que para la víctima” (MARTÍN CASALS y RUDA GONZÁLEZ)⁴⁶; “Ciertamente, el rechazo paradójico de toda acción en la medida que hay diversos autores posibles del daño no deja de parecer injusto. Asimismo, los tribunales, animados por la equidad han intentado remediar este inconveniente de diversas formas, la mayoría de las veces ingeniosas, pero generalmente criticables” (LE TOURNEAU)⁴⁷.

Las consideraciones anteriores pueden entenderse como manifestaciones del principio *pro damnato* y, a la vez, inspiraciones de éste. DíEZ-PICAZO ya había hablado de las transformaciones que la aplicación de este principio ha significado para el Derecho de daños, especialmente el español, y que he citado anteriormente. Ha dicho el prestigioso autor que “la evolución experimentada por la jurisprudencia en el curso de los últimos años, hace más claro ese nuevo sistema de la responsabilidad civil, que hoy, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas. Es lo que hemos llamado el principio *pro damnato* o la idea de que por regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado sólo frente al daño”. Y más adelante continúa el tratadista: “Es evidente la erosión que han ido experimentando todos los pilares de la teoría de la responsabilidad construidos de acuerdo con los postulados de la codificación: la culpa, el ilícito y la causalidad”⁴⁸.

⁴⁵ SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 334.

⁴⁶ MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert: “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 65, pág. 856, al explicar el sentido del párrafo 830 del BGB.

⁴⁷ LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, Dalloz, 1982, pág. 209.

⁴⁸ DíEZ-PICAZO, “La responsabilidad civil hoy”, *op. cit.*, pág. 734.

Estas palabras, de completa vigencia y actualidad a pesar de haberse escrito hace más de veinticinco años, son un estupendo resumen de lo que he intentado expresar en estas últimas páginas como el contexto en el cual se comprende la aceptación de una solución tan atrevida como lo es la responsabilidad colectiva. Sin embargo, no puedo dejar de recordar otra manifestación del principio *pro damnato* o *favor victimae*, como también se le conoce, que busca precisamente asegurar un resarcimiento mucho más seguro y completo a la víctima y que mencioné a propósito del fenómeno de la socialización de los daños: la solidaridad. Este mecanismo, utilizado en la actualidad en prácticamente toda clase de responsabilidad derivada de un daño causado por varios agentes, no busca otra finalidad que la recién mencionada, puesto que en estas hipótesis perfectamente podría condenarse a todos los miembros del grupo al pago de una indemnización dividida en partes iguales⁴⁹. De hecho, algunos autores ven en esta condena solidaria una verdadera obligación de garantía para con el deudor, fundada en la cohesión que existe entre los miembros del grupo por la actividad que desarrollan en conjunto⁵⁰, que se traduce en que cada uno de los corresponsables del daño deberá hacer frente a la potencial insolvencia de los demás, proporcionando de ese forma a la víctima la tranquilidad de poder exigir el pago de la indemnización al más solvente del grupo. La persecución de la protección de la víctima ha favorecido la implementación de este sistema también para los daños causados por un integrante indeterminado de un grupo, aún cuando en esta clase de supuesto el daño no es causado por todos sus componentes.

⁴⁹ De hecho, así se ha propuesto por algunos autores, especialmente argentinos, como LORENZETTI, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *op. cit.*, pág. 2, y Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 629.

⁵⁰ Así, DEMAREZ, Jacques, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pág. 218 y ss., y LARROUMET, Christian, *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolution et probléms actuels en droit comparé*, Institut de droit comparé, 1983, pág. 7. En España, GÓMEZ LIGÜERRE sostiene, a propósito de la aplicación de la responsabilidad solidaria en la condena de varios causantes por un daño, que la solidaridad cumple otras funciones, además de la de garantizar que la víctima recibirá su indemnización, encontrándose entre ellas la de solucionar los problemas de identificación del causante del daño. Así, la solidaridad resolvería los problemas de imputación de responsabilidad en supuestos en que existan problemas para identificar al causante (*Solidaridad y derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 162 y ss.). No estoy totalmente de acuerdo con este planteamiento, por lo que ya he expresado más arriba: aún cuando el legislador o el juez quisieran eludir los problemas de identificación del causante del daño, condenado a todos los posibles responsables, ¿qué le impediría hacerlo en forma mancomunada?

De todos modos, quiero insistir en que todo lo expuesto anteriormente a favor de la fórmula de la responsabilidad colectiva no significa que debamos cegarnos ante el hecho de que castigar a personas inocentes de un ilícito civil podría ser algo poco justo, a primera vista. Pero sí me parece claro que, puestos frente a la situación de dirimir entre dos situaciones poco equitativas, y debiendo optar por un camino, lo mejor es decidirnos por la protección de la víctima y la reparación de su quebranto⁵¹.

Ahora bien, las razones que he expuesto hasta el momento para dar a entender por qué se acepta la responsabilidad colectiva, o más bien, por qué se llega a las soluciones que la caracterizan, son cruciales, pero también hay otras, que nos son aportadas por la observación del estado actual del propio comportamiento social.

Los daños que dan origen a esta forma de responsabilidad civil, lo hemos dicho, provienen de actividades realizadas grupalmente, llevadas a cabo por un grupo organizado o surgido espontáneamente con el objeto de llevar a cabo un quehacer. Pues bien, este fenómeno es hoy en día cada vez más frecuente. En nuestros tiempos es cada vez más fuerte el convencimiento de los individuos en el sentido de que se pueden lograr más y mejores resultados en los emprendimientos propuestos en la medida que se aúnen esfuerzos, recursos, ideas y todo aquello que se considere primordial para el logro del éxito buscado, lo que ha traído como consecuencia la multiplicación de las actividades colectivas. Por lo mismo, los acontecimientos dañosos pueden provenir de alguno de los componentes individuales de dichos grupos, o incluso pueden ser consecuencia del actuar de

⁵¹ Abiertamente contraria a esta forma de justificar la responsabilidad colectiva es Esther GÓMEZ CALLE, para quien “el argumento de la equidad tampoco parece definitivo: tan inequitativo puede ser dejar a la víctima sin reparación, como hacer responder del daño a quien no lo ha causado” (“Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 420). Por otra parte, en una opinión que deja fuera consideraciones a favor de la víctimas, Luis MEDINA ALCOZ sostiene que la implementación de la responsabilidad colectiva en algunos textos legales, como la Ley de Caza, por ejemplo, responde simplemente a la intención del legislador de aplicar un sistema causal diferenciado a ciertas hipótesis que admite responsabilidades basadas en causalidades posibles, eventuales o hipotéticas (*La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 436).

diversas entidades que desarrollan una actividad similar, sin que pueda haber claridad acerca de cuál de esos grupos es el origen del daño.

En razón de esta actividad, que podríamos llamar “social”, es aconsejable agregar algunas observaciones aportadas por las ciencias que estudian el comportamiento humano, como la psicología y la sociología⁵², por cuanto estas disciplinas, en sus vertientes más actualizadas, consideran como normal que los individuos observen cambios en su conducta cuando se encuentran inmersos en grupos, o que aprovechan esta circunstancia para asumir comportamientos que descartarían en solitario. En efecto, la pertenencia de un individuo a un conjunto inhibe las aprehensiones, dudas y temores que le puedan asaltar por enfrentarse al desafío de una determinada actividad, amparado por la solidaridad que, en principio, debe existir entre los miembros del grupo, y el anonimato que le proporciona el ser uno más de la masa y no un rostro identificable⁵³. A su vez, los componentes del colectivo potencian sus posibilidades y exaltan sus virtudes entre sí, autoconvenciéndose de que su empresa, de cualquier naturaleza que ella sea, desde un simple juego o espectáculo hasta actividades económicas de gran envergadura, tendrá un éxito seguro por el solo hecho de la unión que impera entre todos los participantes, con lo que surge un sentimiento de valor y decisión que no es de la misma entidad que la del sujeto aislado. Hay, en fin, factores que transforman a una persona individualmente considerada en miembro de un grupo que realiza sus

⁵² Me atrevo a recomendar tres estupendos trabajos que desarrollan el concepto de grupo, el proceso y las causas de la masificación social, más las razones por las cuales estos grupos llegan a constituir focos de violencia susceptibles de dañar a terceros, y de los cuales se han extraído gran parte de las ideas desarrolladas en este apartado: DOMÍNGUEZ BILBAO, Roberto, “Instrumentos de la psicología social para el análisis de los grupos”, en *Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pág. 25 y ss.; REVILLA CASTRO, Juan Carlos, “Grupos urbanos violentos “tribus urbanas”: causas psicopsicológicas de la violencia en grupo”, en la misma obra, pág. 169 y ss.; y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, 1969, pág. 15 y ss.

⁵³ Esta característica del comportamiento humano ha sido reconocida y plasmada por la jurisprudencia española. Así, la conocida SAT de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981, al aceptar la condena solidaria de los miembros del grupo señaló, entre otros fundamentos, que “...si se admitiera que solo al que hubiere arrojado el concreto proyectil vulnerante correspondería la atribución del resultado no obstante ser éste cualitativamente –en cuanto previsiblemente dañoso, aunque no ciertamente cualitativamente en la magnitud de su daño- la finalidad de la acción conjunta, habría que entender que a quien afirmase no haberlo sido correspondería la prueba sobre ese particular que lo excluyere de la responsabilidad consiguiente, y en modo alguno puede ser exigible que sea el perjudicado el que en un inútil intento probatorio tenga que deshacer un anonimato que de ordinario garantiza, en situaciones como la de autos, una pluralidad de personas”.

cualidades, disminuye sus miedos y proporciona dos elementos motivadores que son claves: la solidaridad de los componentes y la posibilidad del anonimato protector en caso de un eventual fracaso, error o perjuicio. Tal influencia puede impulsar a un sujeto a realizar hechos y adoptar comportamientos de los que, quizás, se alejaría si actuara en solitario.

Esta observación conductual, que en principio puede ser tomada como un factor positivo, estimulante para emprendedores de actividades beneficiosas para la sociedad, puede exaltar los ánimos y encender pasiones al punto de transformar al grupo en un potencial peligro colectivo, con consecuencias nefastas para determinados sectores de la comunidad. Pensemos, tomando un ejemplo de ocurrencia relativa y lamentablemente frecuente, en el comportamiento descontrolado y enfurecido de los grupos seguidores de equipos de fútbol y su secuela de riñas, lesiones a los agentes participantes de la actividad futbolística y apologías del racismo. No es difícil suponer que la inmensa mayoría de los participantes en esos grupos jamás tendría el valor de llevar adelante algunas de esas deleznable conductas en forma solitaria, sin el respaldo del anonimato que le proporciona la participación masiva.

La posibilidad de la transformación de la conducta de los individuos que se incorporan a un grupo determinado a que se acaba de aludir no es un hecho que haya pasado desapercibido ni para la doctrina ni para la jurisprudencia que han investigado este tema. Así, por ejemplo, Ricardo DE ÁNGEL cita en su obra, a la que ya hemos hecho mención, una sentencia emanada del Tribunal de Casación francés, de fecha 5 de junio de 1957, anotada por Savatier en “Recueil Dalloz”, 1957, págs. 493 a 495, la que en una de sus partes expresa que “en efecto, varios individuos pueden, por medio de una acción concertada o incluso espontáneamente bajo el efecto de una excitación mutua, entregarse a una manifestación en la que cada uno debe compartir la responsabilidad por las consecuencias dañosas, en tanto estas procedan, bien de un acto único, en el cual

todos han participado, bien de una pluralidad de actos conexos, que la coherencia en su concepción y en su ejecución no permite separar...”⁵⁴.

3. APUNTE HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Si nos planteamos como interrogante la aparición en el tiempo de una figura como la de la responsabilidad colectiva, muy luego llegaremos a la conclusión de que no se trata de un supuesto de hecho reciente, puesto que, en atención a sus características, podemos afirmar que situaciones de esta naturaleza se pueden haber dado perfectamente desde el preciso momento que el hombre comenzó el proceso de vida social y empezó a desarrollar actividades grupales. Pero una cosa muy distinta es que, a consecuencia de ello, se haya identificado y aislado al daño que genera responsabilidad colectiva, definiendo sus características, delimitando su ámbito de aplicación y, finalmente, se haya plasmado una norma que contenga y regule de alguna manera la responsabilidad grupal. Para llegar a este último estadio del proceso han debido transcurrir varios siglos hasta nuestros días, sin que por ello nos encontremos en la actualidad viviendo una situación de plena consolidación de esta categoría. Sin embargo, la evolución histórica permite, sin duda, alcanzar una visión más panorámica de un problema de antigua data y de todavía incierto devenir.

3.1. ROMA Y LAS SOLUCIONES ORIGINALES: *ACTIO EFFUSIS VEL DEIECTIS* Y *ACTIO DE POSITIS VEL SUSPENSIS*

Dentro de la amplísima gama de ilícitos punibles, el derecho romano distingue entre los de carácter público y privado.

Los primeros son aquellos actos ofensivos al Estado, reprimidos a través de penas corporales o pecuniarias a favor del *fiscus* y que se conocen comúnmente como *crimina*. Su estudio corresponde a la rama del Derecho que hoy en día entendemos como Derecho penal. Los segundos, en tanto, normalmente se conocen con el nombre de *delicta* o *delictum*, consistentes en ofensas contra

⁵⁴ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 45.

particulares, reprimidos mediante una pena privada pecuniaria impuesta al ofensor en beneficio de la víctima, aunque es necesario precisar que no cualquier ilícito constituía un *delicta*, ya que en esta materia, al igual que con los *crimina*, regía lo que hoy en día se conoce como principio de tipicidad, de acuerdo al cual la respectiva conducta debía estar previamente descrita al efecto en una *lex publica* o en un edicto pretorio. Tanto en uno como en otro caso, la pena pecuniaria que llegara a aplicarse al responsable se denominaba *poena*⁵⁵. Esta *poena* tenía el carácter de pena privada y aunque su carácter fuese pecuniario, siempre constituía una forma de expiación por una ofensa cometida⁵⁶. Posteriormente, en la época justiniana, deriva su naturaleza hacia una sanción de carácter principalmente resarcitorio, aunque sin perder por completo su naturaleza punitiva⁵⁷.

Ahora bien, el Derecho romano no concibió el *delictum* de un modo general, abstracto y omnicompreensivo, como lo son hoy en día preceptos como el artículo 1902 del Código civil, sino que ideó una serie de *delicta* particulares, que eran cuatro figuras típicas: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. A estas categorías deben sumarse las *obligationes quasi ex delicto*, de creación postclásica, y cuyo origen se encuentra en la labor jurisprudencial del Pretor. Estos cuasidelitos constituían un gran número de ilícitos autónomos en relación a las cuatro formas de ofensa ya señaladas y que fueron perseguidos originalmente por el Pretor mediante acciones *in factum*⁵⁸. Dentro de estas últimas formas de ilícito hay dos que nos interesan especialmente: la *actio effusis vel deiectis* y la *actio positis vel suspensis*⁵⁹.

⁵⁵ Al respecto, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2001, págs. 231 y 232, e IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Ariel, 2002, pág. 290.

⁵⁶ En la Roma clásica la *poena* tenía por función castigar al delincuente y no reparar las lesiones efectivamente causadas o recuperar los valores perdidos y consistía siempre en una cantidad de dinero, que normalmente ascendía a un múltiplo (duplo, triple, cúadruplo) del daño patrimonial causado. Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos, minoritarios, se concedían acciones paralelas a la sancionatoria, cuyo objetivo era obtener la reparación del perjuicio causado (*actiones quae rei persecutionem habent* o “acciones reipersecutorias”) (GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, op. cit., págs. 235 y 236).

⁵⁷ IGLESIAS, *Derecho romano*, op. cit., pág. 290.

⁵⁸ Su característica esencial, según GUZMÁN BRITO, es que son acciones que se limitan a describir una hipótesis de hecho, sin ninguna referencia a relaciones de derecho, lo que las diferencia de las acciones civiles o *in ius*, que sí describen una hipótesis de derecho. (*Derecho privado romano*, op. cit., pág. 164).

⁵⁹ Otras formas de ilícito que se pueden agrupar dentro de la categoría de cuasidelitos son el *iudex litem suma fecerit* y la *actio in factum contra nautas, caupones, stabularios*. Esta última la

Viajando al pasado encontramos que un primer intento por emprender la labor de regulación del tipo de daño que nos interesa lo constituyen estas dos acciones que surgieron en Roma en el Derecho pretorio. La primera se concedía a todo aquel que sufriese un daño como consecuencia de la caída de un objeto o el derrame de un líquido desde un edificio y se podía dirigir en contra de quien morase en dicho recinto (*habitor*), con independencia de si había o no culpa que imputarle; la segunda, en tanto, se concedía en contra de quien habitase una vivienda en la que se hubiesen dejado objetos colgados o suspendidos, que finalmente caían desde su ubicación y provocaban daños al legitimado activo de esa *actio*. Si los habitantes del edificio eran varios, la acción se dirigía en contra de todos ellos⁶⁰. El fundamento de estas acciones se encontraba, principalmente, en las condiciones de vida de la antigua Roma: era muy frecuente que en sectores populares de la ciudad los inmuebles fuesen habitados por varias personas y grupos familiares, en construcciones de deficiente calidad; por otro lado, las precarias condiciones sanitarias y de higienes obligaban a las personas a evacuar desechos y la basura en general arrojándolas a través de las ventanas hacia la calle⁶¹. En suma, el tránsito por las vías romanas podía ser peligroso a causa de la eventual caída de objetos desde los edificios, y los transeúntes, potenciales víctimas del estilo de vida romano, encontraron cierta protección en estas acciones pretorias que tenían su fundamento en la frecuencia con que se producían accidentes de esta naturaleza⁶².

Fuera de la diferencia específica de tipicidad, se trataba de casos en que la caída de un objeto causaba daños, sin que pudiera determinarse con

mencionaremos nuevamente cuando analicemos la responsabilidad de los propietarios de hoteles y alojamientos, dentro de los casos particulares de responsabilidad colectiva del Código civil.

⁶⁰ RAMOS MAESTRE, Áurea, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C.C.)*, Editorial Práctica de Derecho, 2001, págs. 17 y ss.

⁶¹ Se ha escrito que en la antigua Roma el sector inmobiliario se caracterizaba por una considerable concentración y explotación capitalista. De una parte, la actividad de la construcción estaba a cargo de grandes empresas y sociedades, que realizaban construcciones de edificaciones que constituían verdaderos condominios, con habitaciones y pisos caracterizados por el hacinamiento y su deficiente calidad, que constituían fuente de frecuentes accidentes. Entre ellos, era normal que cayeran o se arrojasen objetos, basura o desperdicios desde ventanas o puerta no identificadas, que caían sobre personas que no necesariamente pertenecían a las clases populares que habitaban tales edificios (DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, *op. cit.*, pág. 37).

⁶² MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, págs. 26 y 27.

certeza quién había arrojado la cosa, vertido el líquido o colgado el objeto: la acción, cualquiera de ellas, terminaba ejerciéndose en contra del ocupante del inmueble, más allá de si era o no el auténtico responsable. Se trata de dos soluciones muy valiosas y que fueron posteriormente adoptadas por las Partidas, de donde fueron tomadas como modelo por los redactores del Código Civil español para la confección del actual artículo 1910 y de muchos de los códigos civiles latinoamericanos. El estudio de estas acciones se profundizará cuando analicemos el origen histórico del señalado precepto en detalle, puesto que, como se verá, se trata de la manifestación más cercana a la responsabilidad colectiva que podemos encontrar en el Código civil español.

Las acciones que acabamos de citar, al igual que los *delicta* y cuasidelitos mencionados más arriba, poseen ciertas características relativas al tratamiento jurídico que les fue dado en las épocas en que fueron aplicadas⁶³. Dentro de esas características encontramos la obligación de todos los autores del delito al pago conjunto de la *poena*⁶⁴. En efecto, si el ilícito era cometido por varias personas, caso en el cual se consideraba que cada cual había cometido un delito distinto, la sanción recaía en todos ellos⁶⁵ y el pago de la *poena* por alguno de los responsables no extinguía la deuda de los demás. A propósito de esto, es necesario precisar que en el Digesto existen dos pasajes que tienen directa relación con nuestra materia y que forman parte de decisiones tomadas respecto de casos de *damnum iniuria datum*⁶⁶. Así, la primera de ellas dice: “*Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus, et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait.*” (Pero si varios hubiesen golpeado al esclavo, veamos si todos son responsables como si todos lo hubiesen matado. Y si aparece por que golpe pereció, el que lo dio es responsable como si lo hubiere matado, pero si no aparece, dice Juliano que todos son responsables como si todos hubiesen matado.)⁶⁷. La segunda, en tanto, expresa:

⁶³ GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano, op. cit.*, pág. 235.

⁶⁴ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 25.

⁶⁵ GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano, op. cit.*, pág. 235. Agrega este autor que en estos casos también se distinguían grados de participación en la comisión de los delitos, castigándose al autor, a su cómplice y al instigador.

⁶⁶ Regulado por un plebiscito del año 286 a. C., probablemente, conocido como *Lex Aquilia*.

⁶⁷ D.9,2,11,2.

“*Idque es consequens auctoritari veterum, qui, cum a pliribus idem servis ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.*” (Y esto es conforme a la autoridad de los antiguos juristas, los cuales, cuando el mismo esclavo fue herido por varios, de tal manera que no apareciera por qué golpe pereció, juzgaron que todos quedaban obligados por la Ley Aquilia.)⁶⁸.

Estas citas son de gran importancia, por cuanto, como se observa, dan una solución al tema de la indeterminación del causante de un daño, que pertenece a un grupo, solución que es similar a la adoptada por las escasas legislaciones modernas que se ocupan del problema y por la jurisprudencia de varios ordenamientos, y que consiste en condenar solidariamente a todos los miembros del grupo, tal como si el daño hubiese sido provocado por todos ellos conjuntamente⁶⁹. Especialmente cercana es esta fórmula del Digesto a la norma del parágrafo 830 del Código Civil alemán, disposición paradigmática entre las que han abordado el tema de la responsabilidad colectiva y que estudiaremos con algo más de detención en algún momento de esta investigación.

Finalmente, cabe hacer notar, como ya lo han hecho MÚRTULA⁷⁰ y GIMÉNEZ-CANDELA⁷¹, que la doctrina en general considera que las acciones otorgadas contra los cuasidelitos, entre las que se encuentran las *actio* en estudio, constituían hipótesis de responsabilidad objetiva, en las cuales no mediaba la culpa como exigencia previa de responsabilidad, a diferencia de los ilícitos sancionados por la *Lex Aquilia*, que exigía la culpabilidad del responsable⁷².

⁶⁸ D.9,2,51.1.

⁶⁹ También en este sentido, MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 26.

⁷⁰ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 28.

⁷¹ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Los llamados cuasidelitos*, Trivium, 1990, pág. 104.

⁷² El estudio romanista del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo también ha sido observado desde la perspectiva del llamado *damnum in turba datum* (D.47,8,4 pr.). Al respecto, MANFREDINI, Arrigo D., “Responsabilità collettiva e *damnum in turba datum*. Una prospettiva comparatistica”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2001, págs. 165 a 170.

3.2. ENTRE ROMA Y EL *CODE*

En el lapso que media entre el Derecho romano y las codificaciones del siglo XIX, especialmente el Código civil francés, nuestro tema no causó mayor preocupación entre los juristas de los diversos períodos históricos. Habiendo alcanzado la culpa el carácter de criterio de imputación único e indiscutible, fruto de la concepción individualista de la responsabilidad, nadie consideraba que un daño causado por el componente no identificado de un grupo tuviera que considerarse como una figura especial de responsabilidad, con características propias y una normativa que se apartara de lo que se entendía como reglas de general aplicación. El problema tenía una solución sencilla: si el daño provenía de un grupo, debía probarse por el afectado quién había sido el integrante causante del mismo y que el perjuicio era consecuencia de un actuar culposo de aquel que se sindicara como autor. Si ello no era posible, simplemente no se podía condenar a quien, en apariencia, no era responsable de delito alguno, y mucho menos podía condenarse al grupo completo. Una decisión distinta hubiese repugnado a los principios fundamentales de la responsabilidad delictual y habría constituido una afrenta a las presunciones de inocencia que amparan a toda persona enfrentada a una acusación de esa entidad. Y de esa manera razonaron seguramente los redactores del Código de Napoleón, quienes construyeron todo el sistema de responsabilidad extracontractual sobre los cimientos de la culpa como sistema de imputación y que no contemplaron disposición alguna para daños causados por el enigmático elemento de un colectivo perfectamente identificado. Criterio que fue seguido sin mayores cuestionamientos por todos los códigos posteriores que lo adoptaron como modelo.

Sin embargo, la posibilidad de resolver casos de daños causados por el integrante desconocido de un grupo en esta etapa era factible, gracias a la pervivencia en ciertos sistemas de la *actio effusis vel deiectionis* y la *actio de positum vel suspensum*. En efecto, si bien en el desarrollo del Derecho visigodo no se encuentran indicios de estas acciones, si acudimos a las Partidas de Alfonso X nos encontraremos nuevamente con ellas. Específicamente se trata de la Partida

Séptima⁷³, dedicada a temas penales, en que se regulan estas acciones, que contiene una normativa casi idéntica a la del Derecho romano, sobre todo en lo que se refiere a la *actio de effusis vel deiectis*, puesto que en lo relativo a la *actio de positum vel suspensum* se introduce una novedad importante: su ámbito de aplicación se reduce, al circunscribirla exclusivamente a cosas que se cuelgan o suspenden en el ejercicio de algún comercio o industria. De esta manera, la normativa alfonsina respetó en casi todas sus partes el modelo romano, sin perjuicio, como ya se ha dicho, de la incorporación de algunos aportes originales y propios a ambos tipos de *actio*, como por ejemplo, el abandono de la responsabilidad objetiva que se podía observar en los edictos *de effusis* y *de positum* para pasar a exigir la culpa del sujeto responsable.

Respecto a lo que a nuestro tema incumbe, me parece muy importante señalar que, al igual que lo hacía el edicto *de effusis*, esta partida establece lo que actualmente denominaríamos responsabilidad colectiva como forma de solución al problema de imputación que se originaría en caso de haber sido varios los ocupantes de la vivienda desde donde se arrojó el objeto dañoso, sin que se supiera quién había sido el autor de tal acto. Así como señalé que el edicto *de effusis* constituye un primer antecedente histórico de esta forma de responsabilidad, me atrevería a decir que éste es el primer dato que nos proporciona la historia del Derecho español para desentrañar la aplicación que ha tenido esta fórmula como vía de solución al problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo en España.

⁷³ Leyes XXV y XXVI, TítuloXVI, cuyo texto es el siguiente: “Echan los omes a las vegadas de las casas donde moran, de fuera en la calle agua, o huessos, o otras cosas semejantes; e maguer aquellos que las echan non lo fazen con intención de fazer mal, pero si acaesciese, que aquello que assi echassen fiziesse daño, o en paños, o en ropa de otros, tenudos son de lo pechar doblado los que en la casa moran. E si por aventura, aquello que assi echassen matasse algun ome, tenuto es el que mora en la casa de pechar cincuenta maraudeis de oro; la meytad a los herederos del muerto, e la otra meytad a la Camara del Rey; porque son en culpa, echano alguna cosa en la calle por do pasan los omes, de que puede venir daño a otri. E si muchos omes morassen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuuiesen alogada, o emprestada, todos se so vno son tenudos de pechar el daño, si non supiesen ciertamente qual era aquel por quien vino. Pero si lo supiesen, el solo es tenuto de fazer emienda dello, e non los otros. E si entre aquellos que morassen cotidianamente en la casa, ouiesse alguno que fuesse huesped, aquel non es tenuto de pechar ninguna cosa en la enmienda del daño que assi acaesciese; fueras ende, si el mesmo lo ouiesse fecho”.

3.3. PERÍODO DE LA CODIFICACIÓN

Habiendo sobrevivido las acciones en comento durante todo el período correspondiente al llamado “Derecho intermedio”, era lógico que fuesen consideradas por los redactores del Código de Napoleón, así como por los autores previos a éste, aunque no necesariamente con el fin de utilizarlas como pretexto para proponer una regla general de solución al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, sino circunscritas a sus finalidades históricas. Especialmente cabe mencionar a DOMAT⁷⁴, quien recoge la figura de la *actio effusis vel deiectis* y trata la situación de los objetos, sean sólidos o líquidos, que caen o se derraman desde una casa, con el consecuente daño para algún viandante⁷⁵. El notable jurista responsabiliza a quien habita la casa en forma continua, sin importar si se trata de un propietario o arrendatario, o incluso un ocupante a otro título. La responsabilidad nace, sea que el ocupante de la casa sea el autor de la caída o derrame, sea algún familiar o dependiente, o moradores transitorios, como podrían serlo amigos de la familia o visitas. En lo que nos interesa, DOMAT considera que, frente a una pluralidad de responsables (varios ocupantes de la casa o edificio) y en desconocimiento del autor material, la responsabilidad es solidaria por todo el daño causado⁷⁶. Eso sí, en caso que las diversas habitaciones del edificio estuviesen separadas, cada uno de los ocupantes será responsable por los objetos provenientes de la respectiva habitación. Por lo tanto, DOMAT, hace más de doscientos años y con base en la idea del Derecho romano de protección y resarcimiento de los transeúntes, también aceptó la responsabilidad colectiva como forma de solución de un caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, aunque probablemente limitada de manera exclusiva a su ámbito tradicional.

Sin duda, la influencia de la obra de Jean DOMAT, sumada a su vigencia histórica, hizo que los primeros trabajos de elaboración del Código civil

⁷⁴ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans lers ordre naturel*, tomo I, Paris, 1977, pág. 299, Libro II, título VIII, sección I, “De lo que fuere arrojado desde una casa, o de lo que puede caer y causar daño”.

⁷⁵ En el epígrafe “De lo que se arroja desde una casa, o de lo que puede caer de ella y causar un daño”, DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, pág. 299.

⁷⁶ DOMAT, *Les lois civiles...*, *op. cit.*, tomo I, Libro II, título VIII, sección I, art. V.

francés contemplaran la idea central de la *actio effusis vel deiectis*⁷⁷. El artículo 16 del proyecto inicial del *Code* se expresaba de la siguiente forma: “Si desde una casa habitada por varias personas se echa sobre un transeúnte agua o cualquier cosa que cause un daño, todos los que viven en el apartamento desde donde se ha echado son solidariamente responsables, a menos que el que la ha echado sea conocido, caso en el cual sólo él debe la reparación del daño”⁷⁸. En tanto, el artículo 17 del mismo trabajo preparatorio rezaba que “los huéspedes que no viven más que de paso en la casa desde donde la cosa ha sido lanzada no son responsables en absoluto del daño, a menos que se pruebe que son ellos los que la han echado; pero el que los aloja es responsable de ello”⁷⁹.

Nuevamente se puede observar cómo la idea de lo que hoy entendemos como responsabilidad colectiva se concebía como forma de solución válida al daño causado por individuo indeterminado, integrante de un grupo preciso y delimitado. Esta redacción del *Code* hubiese dado consagración moderna a la figura de la *actio effusis vel deiectis* y a la *actio de positum vel suspensum*, lo que, quizás, habría cambiado la forma en que históricamente se han concebido y resuelto los casos de daños de esta especie en todos los sistemas que tomaron como base al Código de Napoleón. Sin embargo, ello no pudo concretarse. Durante la discusión del primitivo proyecto los redactores del Código francés desecharon la incorporación de los preceptos reproducidos al texto definitivo, razonando que se trataba de meros ejemplos del principio general sobre responsabilidad extracontractual contenido en el artículo 15 de ese trabajo, correspondiente al actual artículo 1382 del Código de Napoleón, y por lo mismo, prescindibles⁸⁰. De este

⁷⁷ El Código civil de Prusia de 1794, obviamente anterior al francés, en la regulación concerniente a la responsabilidad extracontractual por daños causados por una tercera persona, imponía responsabilidad al arrendador por los daños causados por cosas arrojadas o derramadas por sus arrendatarios en forma negligente. Asimismo, y lo que es más interesante, señalaba que estos mismos daños, en caso de ser causados por alguno de los habitantes de una casa, y no pudiendo el propietario determinar la persona específica que lo causó, debería asumir éste el pago de la indemnización.

⁷⁸ “Art. 16: Si d’une maison habitée par plusieurs personnes il est jeté sur un passant de l’eau ou vuelque chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l’appartement d’où on l’a jetée sont tous solidairement responsables à moins que celui qui a jeté ne sois connu auquel cas il doit seul la réparation du dommage”.

⁷⁹ “Art. 17: Les hôtes qui n’habitent qu’en passant dans la maison d’où la chose a été jetée ne sont point tenus du dommage à moins qu’il ne sois prouvé que ce sont eux qui ont jeté, mais celui qui les loge en est tenu”.

⁸⁰ A propuesta de M. MIOT.

modo, la responsabilidad colectiva fue una posibilidad descartada en un código de clara inspiración individualista⁸¹.

Con posterioridad, ya en una etapa relativamente avanzada del proceso de codificación, a mediados siglo XIX y hasta donde tuvieron toda su vigencia las Partidas, los diversos proyectos de Código civil planteados en España hacían alusión en alguno de sus artículos al daño causado por cosas que caen o se arrojan desde un edificio e imponían una obligación de resarcimiento por él. Los Proyectos de 1836 (artículo 1865) y de 1851 (artículo 1904) integraron esta figura de una manera fiel a la tradición romana. Así, el primero de ellos estipulaba que “el que habita una casa es responsable de los perjuicios que cause, cayendo de ella cualquier cuerpo sólido o líquido, ya sea arrojado voluntariamente, ya desprendido por negligencia o falta de seguridad”.

Por su parte, el artículo 1904 del Proyecto de García Goyena de 1851 se encargaba de disponer que “todo el que habita como principal una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación”. Sin lugar a dudas, de haber prosperado el proyecto que el eminente jurista había diseñado y se hubiese mantenido intacto su artículo 1904, hubiésemos tenido una regulación del daño causado por miembro indeterminado de un grupo, a través de su párrafo segundo, en caso de existir varias personas que habitasen la casa como “principal”. Así, se puede llegar a concluir que este artículo constituyó el primer intento de abrir una puerta a la responsabilidad colectiva como consecuencia de este tipo de daño en una época como lo fue la de los procesos de codificación en España, mucho más reciente que aquella en que fueron redactadas las Partidas. Además, el artículo reproducía la regulación del edicto *de effusis* para el caso de una multiplicidad de moradores, consistente en la condena solidaria de todos ellos, cosa que había sido olvidada por los autores del Proyecto de 1836.

⁸¹ Así, BEUDANT, Ch., *Cours de Droit Civil Français*, tomo IX bis, Paris, 1952, pág. 122.

Finalmente, el Anteproyecto de 1882-1889 se encargó de reproducir la norma que ya se contenía en el Proyecto de García Goyena de 1851, pero modificándola, y por ende alterando la regla pretoriana, al suprimir la solidaridad como forma de responsabilidad en caso de existir múltiples moradores de la vivienda o edificio. Es decir, la omisión en que se había incurrido en el Proyecto de 1836 y que se había subsanado en el Proyecto de García Goyena, se repite en el Anteproyecto y posteriormente en el definitivo Código civil.

También la labor codificatoria realizada en Alemania tomó inicialmente en cuenta las acciones que constituyen el antecedente de la responsabilidad colectiva. Los párrafos 729, 731 y 733 del primer proyecto de Código civil establecían un sistema de responsabilidad por los daños causados por cosas caídas o arrojadas que afectaba al dueño del edificio respectivo, salvo que existiesen varios propietarios por partes, caso en el cual la responsabilidad recaía en el dueño de la parte del edificio desde la cual provenía el objeto o líquido. Si varias personas eran titulares de forma indivisa del edificio o de la parte del mismo desde la que se originó el daño, se imponía la responsabilidad solidaria. A pesar de su similitud con la regulación romana y con la del código francés, lo cierto es que estas disposiciones no se ponían expresamente en el caso de un daño causado por un agente desconocido, al imponer la responsabilidad inmediatamente sobre un individuo, el propietario⁸². En todo caso, esta regulación no se trasladó al definitivo y actual BGB, que por lo tanto no tiene una regulación para esta especie de daños. De todos modos, el Código civil de Alemania consagra en su párrafo 830 un tratamiento especial para el daño causado por el integrante indeterminado de un grupo, el cual estudiaremos más adelante.

Por último, señalemos que, a nivel de consagración legal, la inmensa mayoría de los códigos civiles europeos y latinoamericanos que descienden del Código de Napoleón omitieron pronunciarse acerca de la clase de daños que nos motivan, y trataron de forma dispar las originales *actio effusis vel deiectis* y *actio de positum vel suspensum*.

⁸² Como sucede en el actual artículo 1910 del Código civil español, que analizaremos en detalle más adelante.

3.4. NUESTRO TIEMPOS

La arremetida de las teorías objetivistas de la responsabilidad ocurrida hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, introdujo nuevos elementos al Derecho de daños, que terminaron por influenciar a los tratadistas en esta materia. Estas nuevas ideas, contrarias a la posibilidad de que un daño quedase sin resarcimiento por la sola imposibilidad de prueba del autor de una lesión o de la culpa que se le atribuye en la causación del hecho dañoso, afectaron la concepción que se tenía del daño grupal, surgiendo así una actitud solidaria hacia el injustamente dañado, incapaz de acreditar los fundamentos de su pretensión indemnizatoria. La visión del Derecho de daños como una disciplina eminentemente resarcitoria de los perjuicios sufridos por un individuo en su persona o su patrimonio ha ido dejando de lado cualquier solución que no entregue al afectado la reparación a su pérdida por el solo hecho de no poder determinarse al responsable de la acción dañosa.

Pero esta tendencia renovadora surgida a partir del trabajo de múltiples autores no ha tenido una aceptación pacífica y unánime en la jurisprudencia y legislaciones de los distintos derechos nacionales, sobre todo europeos. Hoy en día existen soluciones judiciales y fórmulas legales que resuelven de diversa manera este problema, pero para ello se ha debido recorrer un camino en que las opiniones han sido de toda índole, lo que demuestra el interés que esta figura ha despertado y las dificultades que han enfrentado quienes se han embarcado en su estudio.

Así, podemos decir que en el caso de Francia, la jurisprudencia de mediados del siglo XX empezó a adoptar una actitud alejada de los criterios culpabilísticos clásicos y que habían sido aplicados a casos en que no era posible determinar al autor culpable que necesariamente integraba un grupo, al emitir fallos en que situaciones de este tipo se resolvieron con la condena del colectivo, obligando a sus integrantes a responder de forma solidaria frente al ofendido. Los

autores clásicos, entre los que podemos mencionar a los hermanos MAZEAUD, Jean CARBONNIER y René SAVATIER, sin embargo, rechazaron en principio la posibilidad de adoptar una solución tan distante a la tradición del Código civil galo de 1804, por lo que no respaldaron las soluciones que los altos tribunales franceses empezaron a introducir al mundo jurídico. Tuvieron que ser autores posteriores quienes acogieron estas ideas y plantaron sus propias vías de escape al complejo escenario de la responsabilidad colectiva⁸³. La tendencia desde la segunda mitad del siglo pasado ha sido considerar prioritario el derecho del ofendido a obtener una reparación de los daños sufridos, y los autores y los tribunales franceses en forma mayoritaria han optado por adoptar la solución de la responsabilidad solidaria de todos aquellos que se hubiesen visto involucrados en un evento generador de perjuicios y donde el autor material es imposible de conocer.

En Italia, en tanto, la cuestión ha sido resuelta más pacíficamente, pero en un sentido distinto a quienes consideran a la responsabilidad colectiva una forma de responsabilidad diferente, con características propias y con vías novedosas, que se aparta de las reglas generales, puesto que el Código civil de 1942 no reglamenta esta posibilidad y la doctrina de dicho país, aparte de no dedicar un gran número de páginas al asunto, considera mayoritariamente a la responsabilidad grupal como una hipótesis a resolver mediante los clásicos criterios que han informado las codificaciones a partir de 1804.

Lo mismo podemos afirmar respecto del panorama doctrinal español, donde no se ha notado una dedicación exhaustiva sobre el tema, salvo algunos notables e interesantes trabajos, que tendrán nuestra atención a lo largo de

⁸³ Podemos señalar que el profesor Georges RIPERT se había manifestado partidario de abordar este asunto desde un punto de vista diferente al clásico criterio del Código de Napoleón, fundamentalmente basado en razones de equidad. También es de justicia mencionar aquí a dos ensayos, obra de igual número de autores franceses, que fueron de los primeros en dedicar tiempo y espacio al tema de la responsabilidad colectiva, y en adoptar soluciones enfocadas en sancionar al grupo del que el autor desconocido formaba parte, condenándolos a todos al pago en forma solidaria de la indemnización. Ellos son el artículo del profesor İlhan POSTACIOGLU, "Faits simultanés et le problème de la responsabilité civile", en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1954, págs. 438 a 443; y la publicación de Hasan ABERKANE, "Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes", en la misma revista, 1958, págs. 516 a 554. Y tampoco sería correcto olvidar el ya varias veces mencionado libro de la profesora Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, donde estudia este tema y adopta la misma solución.

este estudio, por su indudable aporte al mismo, y por la justa mención que requieren sus autores, por sus esfuerzos. También veremos que la jurisprudencia de los Tribunales españoles ha adoptado diversas posturas frente a supuestos de responsabilidad colectiva que demuestran ciertas discrepancias entre los juzgadores que se han visto obligados a afrontar la resolución de esos casos. A pesar de ello, ya es posible observar la adopción de criterios cada vez más definidos y proclives a la responsabilidad colectiva, que se mencionarán en la oportunidad pertinente.

Finalmente, la evolución en otras legislaciones, así como la doctrina y jurisprudencia que la acompañan, tendrán nuestra atención al momento de analizar en detalle las diversas soluciones que el Derecho comparado nos ofrece para el problema de la responsabilidad colectiva, en particular el caso del importante parágrafo 830 del Código Civil alemán, todo un hito en lo que se refiere a la legislación civil codificada.

Podemos finalizar esta etapa del estudio que nos ocupa señalando que en la historia del Derecho de daños el espacio que le ha correspondido a la responsabilidad colectiva como figura de relieve es muy reciente. Como dije en un principio, no se trata de una situación nueva en sus características fácticas, sino en su tratamiento y consideración como forma de responsabilidad con particularidades propias, con una regulación diferente y desprendida de los criterios subjetivos y causales dominantes en la responsabilidad extracontractual desde centurias. Y al tratarse de una hipótesis relativamente nueva en cuanto a su tratamiento, se puede decir que su estudio y la elaboración de toda una teoría sobre ella ofrece un carácter todavía muy rudimentario y en constante evolución, pero que se hace cada vez más necesario a la luz del avance de los procesos sociales y de la responsabilidad delictual civil dentro de la que se encuentra inmersa.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUPUESTO DE HECHO Y CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS

SUMARIO: 1. Concepto y terminología: la culpa anónima y la responsabilidad colectiva 2. Elementos constitutivos de la responsabilidad colectiva 2.1. Existencia de un grupo, colectivo o pluralidad de sujetos 2.2. La relación de causalidad: el daño debe provenir o ser consecuencia de la actividad de los miembros del grupo. Remisión 2.3. Unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del grupo 2.4. Imposibilidad de identificar al autor singular del daño 2.5. Sujeto pasivo de la responsabilidad colectiva 2.6. Una consideración final 3. La faceta procesal de la responsabilidad colectiva. Responsabilidad colectiva y litisconsorcio pasivo necesario. Procedencia

Como ya he adelantado en la Introducción de este trabajo, el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo se presenta cuando dos o más sujetos, en forma espontánea o concertada, realizan una actividad o asumen una conducta o comportamiento que es susceptible de causar un daño, el cual se produce efectivamente, pero es absolutamente imposible determinar cuál de esos sujetos ha sido el causante material e individual del perjuicio, a pesar de que el grupo se encuentra plenamente identificado.

La solución de este problema ha sido objeto de vastas discusiones, aunque las más modernas legislaciones, así como la doctrina y la jurisprudencia, se inclinan por resolver el asunto a través de la condena de todos los componentes del grupo, quienes quedan obligados a responder en forma solidaria frente al perjudicado. Lo normal, si aplicamos criterios basados en la culpa como criterio de atribución y se exige de manera inflexible la comprobación del nexo causal entre el daño y quien lo cometió, es que ello no suceda así, y que solamente se condene al pago de una indemnización a aquel que se acredite es el verdadero causante del daño, o bien que el perjuicio quede sin reparación por falta de comprobación de los elementos constitutivos de la responsabilidad. Sin embargo, la condena solidaria de los miembros del grupo se sugiere como una forma de evitar la injusticia que significaría el que la víctima quedara sin reparación por el solo hecho de no poder probar cuál de todos los componentes del grupo ha sido el autor del

daño, estando, eso sí, plenamente comprobado de su parte que el perjuicio sufrido proviene de ese grupo y que, necesariamente, el autor debe pertenecer a él.

La formula que se ha expuesto encuentra su fundamento jurídico, entre otros motivos, en la realización por parte de ese grupo de una actividad realizada negligentemente y que causa un riesgo susceptible de provocar un daño, el que se verifica finalmente, y esa es la razón por la cual se estima que todos los miembros del grupo deben responder, porque todos ellos han contribuido con su actitud a generar esa situación riesgosa que desemboca en el detrimento para el ofendido.

La sola descripción del problema y su solución que, repito, no es aceptada unánimemente, pero sí en forma mayoritaria por las tendencias legales, doctrinarias y jurisprudenciales más avanzadas, y que es la que comparto, inmediatamente sugiere una serie de situaciones similares, pero distintas, y plantea interrogantes que no siempre son fáciles de dilucidar. A partir de este Capítulo, y luego de precisar los rasgos y elementos constitutivos de la figura que nos ocupa, trataré de exponer de la manera más completa que me sea posible tales asuntos, las opiniones que sobre ellos se han vertido y mi propia postura sobre los mismos. Así también procuraré profundizar en la configuración del supuesto, su denominación, características y fundamentos justificativos¹.

1. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA: LA CULPA ANÓNIMA Y LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Me parece práctico y conveniente otorgarle al tema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo una denominación que lo haga fácilmente identificable. En ese sentido, el tema en cuestión ha sido individualizado

¹ Sin embargo, es necesario apuntar desde ya que la doctrina española admite sin mayores reservas que se condene solidariamente a los responsables en casos de este tipo cuando se trate de daños causados en la realización de una actividad cubierta por un seguro obligatorio, puesto que ya no existiría conflicto de equidad entre el perjudicado y quienes no causaron el daño (GÓMEZ CALLE, Esther, "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en *Lecciones de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos (coordinador), 2002, pág. 124).

de varias maneras, dependiendo del autor o de la sede que se haya dedicado a su estudio². Particularmente interesante es analizar dos expresiones que han sido usadas por aquellos que se me han adelantado en el estudio de esta materia y entre quienes, aparentemente, existe mayor consenso en cuanto a su utilización³, sin perjuicio de algunas precisiones que es importante hacer. Tales expresiones son la "culpa anónima" y la "responsabilidad colectiva".

"Culpa anónima" es la denominación dada a esta forma de daño por el profesor francés René SAVATIER en una nota jurisprudencial suya publicada en "Recueil Dalloz" del año 1957⁴. Creo que se trata de una tipo de identificación afortunada, porque estamos frente a una forma de actuación dañosa en la que existe un sujeto causante de un daño por su propia conducta culposa, pero a causa del anonimato insuperable que lo ampara, no es posible llegar a definir su identidad ni la relación entre su obrar y el perjuicio ocasionado. De ahí que sea válido hablar de culpa anónima, entendida como aquella que certeramente existe, pero que no es posible atribuir a un individuo concreto por la casi absoluta imposibilidad de establecer su identidad.

Sin embargo, es necesario hacer presente que bautizar al daño provocado por un miembro no precisado de un grupo determinado como un caso de culpa anónima no me parece del todo adecuado, por la sencilla razón que pueden existir muchas situaciones dañosas en que la culpa de quien las provoca va a ser anónima desde el momento que no sea posible determinar la identidad del autor del hecho, sin que necesariamente aquel haya formado parte de algún colectivo (imaginemos, por ejemplo, aquellas figuras de daños con autor único indeterminado, en los que, en consecuencia, se desconoce de quién es la culpa). De manera que mi

² Por ejemplo, "causalidad sospechada" (TRIMARCHI, Pietro, *Causalità e danno*, Milán, 1967), "culpa colectiva", "culpas conexas" (según la jurisprudencia francesa: VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998, pág. 207), entre otras.

³ Solo de manera ejemplificativa podemos mencionar, como aquellos autores que acuñan estas expresiones o que las mencionan en sus respectivas obras, a Encarna ROCA, Ricardo DE ÁNGEL, Jaime SANTOS BRIZ, Ricardo LORENZETTI, Ignacio DE CUEVILLAS y Jorge MOSSET ITURRASPE, por mencionar a algunos que han dedicado páginas al tema.

⁴ La referencia es tomada de Ricardo DE ÁNGEL, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, número 1, julio de 1983, pág. 38.

opinión es que el daño de miembro desconocido de un grupo forma parte de múltiples casos de culpa anónima que la vida diaria nos pueda proporcionar y no es la culpa anónima en sí, que debería tratarse como una figura más amplia y que contiene, entre otras, a la categoría de daño que nos preocupa⁵.

Por otra parte, la idea de “culpa anónima” puede hacer caer al lector en la idea de que el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad que surge por esta forma de daño es necesariamente la culpa, lo que, como veremos más adelante⁶, no necesariamente es así, porque dependerá de la voluntad legislativa sujetarla a un régimen subjetivo u objetivo. Sin ir más lejos, el único caso formal de responsabilidad colectiva que contempla el ordenamiento jurídico español, el artículo 33.5 de la Ley de Caza, es una hipótesis de responsabilidad por riesgo.

En cuanto a la expresión "responsabilidad colectiva", se trata de una nomenclatura más moderna, que también proviene de la literatura francesa, donde suele ser utilizada por los autores hasta el día de hoy, aunque no de forma unánime⁷, y que identifica el supuesto sin hacer referencia a criterio de imputación alguno, sino a la manera en que afecta la comisión del ilícito a sus autores, quienes deberán asumir la responsabilidad en conjunto por el accionar dañino de uno de sus integrantes y por el comportamiento individual de cada uno de sus integrantes al generar una situación de peligro para la víctima. Desde ese punto de vista se trata de una denominación acertada, por cuanto, como lo analizaremos más adelante, la tendencia moderna es que la carga del resarcimiento por el daño se imponga a todos

⁵ No es infrecuente encontrar en la literatura consagrada a este tema, aunque de modo más bien accidental, la expresión “daño anónimo” como sinónimo de “culpa anónima”, lo que considero decididamente incorrecto. En el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo estamos frente a un caso en que el daño y la víctima son perfectamente identificables, a diferencia de su autor, quien permanece en el anonimato. Si bien la expresión “daño anónimo” se entiende claramente a la luz del contexto en que se aplica, la pureza terminológica me lleva a impugnarla como denominación adecuada.

⁶ *Vid.* Capítulo Quinto, 2.

⁷ Se puede encontrar en textos de autores tales como VINEY y JOURDAIN, *Traité de Droit Civil...*, *op. cit.*, pág. 204 y ss., y LARROUMET, Christian, *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolution et probléms actuels en droit comparé*, Institut de droit comparé, 1983, pág. 7. Donde ha tenido una profusa aplicación es en Argentina, donde los autores recurren a ella en forma ya institucionalizada. Ejemplos son BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 605 y ss., MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, y LORENZETTI, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, en *LA LEY*, 1996, N° 150.

los miembros de un grupo cuando no sea posible identificar al autor exacto del mismo.

Pero también es pertinente en este caso hacer una aclaración. En efecto, en puridad este tipo de daño no es el único caso en que va a existir una condena colectiva, sino que ello más bien va a suceder en todas aquellas ocasiones en que aparezcan como responsables de un perjuicio una pluralidad de sujetos, sea que el daño sea causado por uno solo de ellos, al que no es posible individualizar, sea que todos esos sujetos actúen en conjunto y con perfecta certeza de la identidad de cada uno de ellos, pero de forma tal que el daño sea consecuencia necesaria de un obrar común, sin el cual no se produciría⁸. En este último caso también existe responsabilidad colectiva, pero manifestada en un grupo de autores conocidos y que han actuado juntos en la causación del daño, a través de una actividad enfocada en la obtención de ese resultado. Lo que sucede, y que constituye una importante diferencia, es que en esta última situación la condena colectiva a que he hecho alusión, consiste en que cada uno de los responsables es condenado por su propia culpa o negligencia y en función a la proporción de su participación en la generación del daño, o solidariamente, si es que aquella no puede ser precisada. En la

⁸ Me parece interesante relatar aquí las ideas que acerca del concepto de responsabilidad ha expresado Hans KELSEN (*Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1983, pág. 75 y ss. y *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1987, pág. 91 y ss.). El autor ha dicho que “se habla de responsabilidad colectiva cuando la sanción se dirige contra los individuos miembros de la misma comunidad jurídica de que forma parte el sujeto que, como órgano de tal comunidad, cometió el acto antijurídico, si la relación entre el infractor y los responsables está constituida por el hecho de que aquél y éstos pertenecen a dicha comunidad jurídica. La responsabilidad individual se produce cuando la sanción se dirige exclusivamente contra el infractor”. En otras palabras, la responsabilidad colectiva, según cómo la entiende KELSEN, nace para un grupo de personas que se encuentra vinculada a otra por un nexo determinado por el ordenamiento jurídico, cuando aquella comete un hecho ilícito cuya sanción se aplica a todos los que forman parte de la respectiva “comunidad jurídica”. Uno de los ejemplos propuestos por el propio tratadista habla de la responsabilidad que nace para una sociedad por el acto antijurídico que uno de sus órganos ha cometido, como puede ser el incumplimiento de un contrato: si la otra parte demanda judicialmente su cumplimiento y se ejecuta una sanción civil sobre la propiedad de la persona jurídica, habrá una responsabilidad que afectará a todos los componentes por el hecho de uno.

Desconozco si KELSEN tuvo en vista el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo como uno de los casos subsumibles dentro de su concepto de responsabilidad colectiva (es más probable que hay tenido en mente situaciones no tan específicas, como puede ser la responsabilidad por hecho ajeno), pero es innegable que la hipótesis de daño que estamos estudiando se acomoda sin mayores problemas en la figura que propone el autor, independientemente que ella tenga un alcance más amplio que el que pretendo darle en este trabajo. Lo que me parece rescatable, en todo caso, es el reconocimiento que hace KELSEN a la posibilidad de responsabilizar a ciertos individuos por un hecho antijurídico en cuya producción no han intervenido, en la medida que se encuentren vinculados con quien sí lo hizo.

responsabilidad colectiva derivada del daño causado por el miembro del grupo, también se trata de una responsabilidad individual, pero nacida para cada integrante por formar parte de un grupo y realizar en forma reprobable una actividad de peligro⁹. En ese sentido, la expresión “responsabilidad colectiva” inicialmente obedece más que nada a un criterio cuantitativo, relativo a varios responsables. A pesar de este reparo, que más que reparo es una aclaración, personalmente adhiero a esta expresión, por cuanto la considero más específica y más propia de la naturaleza de la figura que motiva este trabajo. Por lo mismo, de ahora en adelante la forma "responsabilidad colectiva" será la que se empleará mayoritariamente en este trabajo para aludir al daño causado por el integrante anónimo de un grupo determinado.

Sin embargo, aún aquí también cabe una última precisión, cuya explicación será entregada con más profundidad en el Capítulo Tercero: no debe confundirse el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo con responsabilidad colectiva, entendiéndolos como conceptos sinónimos. Entre ambas ideas existe una relación de causa a efecto. Así, mientras uno es un daño cuyo autor material es anónimo y para identificarlo sólo contamos con el antecedente del grupo del que formaba parte al momento de producirse el evento dañoso, la responsabilidad colectiva es el efecto que recae sobre todo el grupo como sanción a la conducta de ese sujeto no identificado.

Asimismo, ambos términos se diferencian de la expresión “causalidad alternativa”, generalmente utilizada por la doctrina alemana para referirse a la figura del parágrafo 830 del BGB, que en mi parecer no hace alusión a la forma de daño en sí ni a las consecuencias de éste, sino a la manera en que se produce la participación de los miembros del grupo en la generación de la situación de peligro que desemboca en el detrimento del ofendido y que se contrapone a otras

⁹ “La denominación de responsabilidad colectiva insinúa la idea de una obligación de responsabilidad que pesa sobre el grupo de individuos implicados, en cuanto tal, que es falsa por carecer el grupo de personería jurídica. En verdad, cuando se habla de responsabilidad colectiva se alude a una responsabilidad individual que le llega a alguien por haber formado parte de un determinado grupo o colectividad. Pero como tal responsabilidad se establece, en razón de la falta de identificación del agente dañoso, tal vez fuera apropiado roturarla como responsabilidad *anónima*, pues así como se denominan anónimas las obras de autor desconocido, igualmente podría llamarse *responsabilidad anónima* la que le cuadra a alguien por ignorarse quién es el autor del daño” (LLAMBÍAS, Jorge, “Responsabilidad colectiva o anónima”, en *El Derecho*, tomo 33, 1979, pág. 783).

clases de intervención plural de agentes dañosos, como la participación conjunta o coautoría. Pero, reitero, este comentario solo busca delimitar los conceptos técnicos sin anular la validez del término “responsabilidad colectiva” para hablar de todas las circunstancias jurídicas relativas a esta particular forma de perjuicio.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Veamos a continuación qué circunstancias conforman los elementos propios y constitutivos de la responsabilidad colectiva, los que definen su fisonomía y lo distinguen de otras situaciones o formas de responsabilidad con las que pudiese tener alguna similitud.

Los requisitos o presupuestos a que me refiero son los que siguen: la existencia de un grupo, conjunto o pluralidad de sujetos; un daño que proviene o es consecuencia de la actividad de ese grupo; la necesidad de una unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del grupo; y la imposibilidad de saber qué miembro del grupo fue el autor material y singular del daño. Estos elementos son los que le dan al supuesto de responsabilidad colectiva una identidad propia y particular, razón por la cual ellos deben reunirse copulativamente para estar frente a la hipótesis que motiva este estudio.

La importancia de que estas exigencias se cumplan estrictamente radica en que, como veremos más adelante, en los casos de responsabilidad colectiva el ofendido solamente se encuentra en condiciones de demostrar uno de los elementos básicos y genéricos de la responsabilidad extracontractual, cual es la existencia del daño. Los otros dos grandes pilares que la sustentan, la acción u omisión culpable de un sujeto individual y la relación de causalidad entre ésta y el perjuicio sufrido, están fuera de la capacidad probatoria de la víctima. De ahí que sea indispensable para que operen las especialísimas normas de la responsabilidad colectiva el que se demuestre por el interesado que concurren en su caso las condiciones que, a continuación, estudiaremos en detalle.

Digamos también que la doctrina española, relativamente escasa en esta materia, no ha tratado en forma sistemática este punto, limitándose en la mayoría de los casos ha proponer pautas en base a las cuales elaborar una serie de presupuestos constitutivos¹⁰, por lo que se hace difícil encontrar parámetros de análisis. Una excepción a esta regla general lo constituye el trabajo de Virginia MÚRTULA¹¹, quien hace una propuesta elaborada en este sentido, la que difiere en algunos aspectos de la que presentaré a continuación y que comentaré en la medida que sea pertinente. Lo mismo debe decirse acerca de la jurisprudencia, que en las diversas sentencias recaídas en supuestos de esta clase no se ha detenido a configurar en forma sistemática una serie de requisitos concretos para hacer procedente la condena solidaria de los miembros del grupo, limitándose a constatar la existencia del daño y a fundamentar la decisión en base, sobre todo, a criterios de equidad¹².

2.1. EXISTENCIA DE UN GRUPO, COLECTIVO O PLURALIDAD DE SUJETOS

La base de la hipótesis de responsabilidad colectiva la constituye la existencia de un grupo, conjunto o pluralidad de sujetos que llevan a cabo una determinada actividad y como consecuencia de ella se deriva un resultado dañoso¹³. Por ello es necesario empezar recalcando la necesidad de la existencia comprobada de un grupo para enfrentarnos a esta forma de responsabilidad.

Pero también es importante hacer algunas precisiones en este punto, a fin de evitar situaciones confusas, especialmente en lo que se refiere a la

¹⁰ Por todos, Díez PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, 1999, Cívitas, págs. 163 y ss., y DE ÁNGEL, *Tratado de la responsabilidad civil*, Cívitas, 1993, págs. 864 y ss.

¹¹ MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, págs. 89 y ss. La autora, basada en la opinión del profesor argentino Jorge BUSTAMANTE ALSINA, propone los siguientes presupuestos de responsabilidad del grupo: que el autor del daño no esté individualizado; los responsables sean integrantes de un grupo; el daño debe provenir de un grupo que realiza una actividad peligrosa, sea lícita o ilícita; y el resarcimiento puede o no ser integral y la responsabilidad no solidaria según las circunstancias.

¹² Por todas, STS de 8 de febrero de 1983 (RJ 867).

¹³ En el mismo sentido, MÚRTULA, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, 2005, pág. 90.

especie de colectivo que se juzgará. En primer lugar, señalemos que la naturaleza del grupo es, en principio, indiferente a los efectos de configurar la responsabilidad colectiva. Cualquiera que sea la naturaleza grupal va a dar lugar a resarcimiento, en la medida que se cumplan los otros requisitos exigidos, propios de la responsabilidad colectiva y los de la responsabilidad extracontractual en general. Así, puede tratarse de un conjunto de personas naturales cuyo objetivo no es otro que disfrutar de un momento de esparcimiento, llevar a cabo una actividad deportiva o participar de alguna forma de espectáculo; puede tratarse de un grupo de niños que juegan en la calle o de un equipo médico que lleva a cabo una operación quirúrgica; o bien de un grupo de profesionales embarcados en la ejecución de un determinado proyecto, o un cierto número de personas jurídicas asociadas en un grupo económico. De hecho, ni siquiera es necesario que exista alguna conexión subjetiva entre los integrantes del grupo, puesto que lo que realmente interesa es que todos sus integrantes lleven a cabo cierto comportamiento, aunque sea en forma individual y separada¹⁴. La naturaleza de este colectivo, entonces, no tiene mayor trascendencia, porque lo importante es que exista una forma de conducta humana dirigida a la realización de una determinada actividad. Por lo mismo, esa conducta no necesariamente debe responder a una planificación previa de parte de quienes integran la colectividad. Basta con que surja el grupo de manera espontánea, como consecuencia de un determinado estímulo circunstancial y ya nos encontramos frente al tipo de colectivo que nos importa, como puede ser el caso de quienes asisten a un espectáculo deportivo o artístico¹⁵.

¹⁴ En este orden de ideas, la doctrina alemana parece estar abrumadoramente conteste. Por todos, ULMER, Peter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo V, München, 1997, págs. 1777 y 1778, quien afirma que la relación subjetiva entre los miembros del grupo es innecesaria, puesto que la responsabilidad procedente del párrafo 830 I.2 emana de la puesta en peligro de un bien jurídico por parte de cada uno de los implicados.

¹⁵ En el mismo sentido razona MÚRTULA, para quien es perfectamente posible responsabilizar a un grupo de hecho, sin voluntad de reunión ni elección de participantes, en la medida que se den las condiciones de imputación subjetiva u objetiva respecto de cada uno de los partícipes (*op. cit.*, pág. 91). Del mismo modo piensa el tratadista argentino Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, pág. 32, quien considera que así se amplía el espectro de casos potencialmente subsumibles en la figura de la responsabilidad colectiva. Otros autores españoles que se inclinan por esta opinión son DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 167, DE ÁNGEL, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 876 y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Editorial Cívitas, 2007, pág. 367. También están a favor de esta característica en la doctrina alemana Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo II, Madrid, 1959, pág. 625, y Otto MÜHL *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, volumen III, Berlin, 1985, pág. 901. Una opinión diferente se encuentra en la obra de José Luis LACRUZ

Por la misma razón, no tiene mayor interés que el grupo en cuestión se trate de una entidad con personalidad jurídica. Puede revestir ese carácter alguno de los componentes del grupo que emprende el quehacer dañoso, (como si varias empresas arrojan sustancias tóxicas a un río, sin que pueda precisarse cuál de ellas es la que lo hace en tal cantidad que desencadena un desastre ambiental por la muerte de los peces), pero ello no es requisito previo e indispensable para lo que nos ocupa¹⁶.

La explicación a las ideas recién expuestas se encuentra en que la idea de la responsabilidad colectiva no es sancionar ciertas actividades por ser ellas ilícitas, por ejemplo, sino que su finalidad no es otra que aquella que inspira al moderno Derecho de daños: darle a la víctima la seguridad de que la posibilidad de resarcimiento por el daño sufrido no es ilusoria, independientemente de la forma de perpetración del hecho o de la actividad concreta llevada a cabo por los agentes responsables. En ese sentido, me parece útil recalcar que el examen que se está llevando a cabo ahora se refiere únicamente a la clase de conducta realizada por el grupo; ya veremos otros elementos necesarios en relación al grupo y su eventual responsabilidad.

Sí será necesario que el grupo se encuentre perfectamente determinado para que el perjudicado pueda dirigir su acción en contra de todos los

BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones*, volumen II, 1995, pág. 488, donde se rechaza hacer responsable a grupos accidentales, en los que la acción es puramente individual en cada uno de los componentes y la de cada uno no fomenta la conducta dañosa del otro, salvo que la ley lo ordene.

¹⁶ Nos todos los autores concuerdan con esta observación. Así, los hermanos MAZEAUD y André TUNC, en el *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo II, volumen II, París, págs. 631 y ss., hablan de las llamadas “agrupaciones culpables”, distinguiendo entre agrupaciones sin personalidad y aquellas que si la tienen o poseen una existencia legal. En su parecer, las primeras, al no poseer existencia jurídica no pueden incurrir en culpa, por lo mismo, no puede exigírseles reparación. Si se comete un daño, éste solo puede ser obra de uno o más de los miembros de ese grupo, quienes responden personalmente por su propia culpa, quedando eximidos los demás integrantes. En ningún caso, sostienen, se puede sancionar al grupo, por cuanto no tiene personalidad propia ni existencia jurídica y mal podría ser titular de culpa. Este criterio, reitero, dispar con el propio, se basa en la existencia ineludible de culpa en el sujeto activo del daño como exigencia previa a la indemnización, no pudiendo condenarse a una persona si no se prueba su participación culpable en un hecho. Un criterio exclusivamente culpabilístico, que, como analizaremos más adelante, se encuentra desdogmatizado en el mundo del Derecho de daños, pero en ningún caso abandonado.

componentes, ya que, no olvidemos, estamos frente a una situación en que se desconoce el autor material del daño, pero está absolutamente claro que él forma parte de un conjunto de sujetos. En este sentido, debe existir absoluta certeza que el daño es causado por un único individuo desconocido, pero que se conoce su pertenencia a un grupo plenamente identificado. De esta manera se separa el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo de aquellas hipótesis de desconocimiento del origen del daño, en las que no puede precisarse ningún antecedente causal que una a aquél con su autor, o de supuestos de conjuntos de individuos extremadamente difusos o extensos (piénsese, por ejemplo, en la diferencia evidente que existe entre un estadio lleno y el grupo concreto de fanáticos ubicado en un sector lateral del mismo para los efectos de aplicar responsabilidad por el proyectil arrojado y que ha lesionado al árbitro del partido de fútbol).

Asimismo, para que la actividad realizada por el grupo derive en la aplicación de una responsabilidad solidaria a todos sus integrantes, será necesario que entre ellos no existan jerarquías que puedan dar a origen a una relación de dependencia, pues parece evidente que en una situación como esa las reglas de responsabilidad civil aplicables por el daño causado serán las relativas a la responsabilidad por hecho de un tercero. La actividad de cada miembro del grupo, por lo tanto, no debe ser la consecuencia de una orden proveniente de otro integrante¹⁷.

En suma, y en ello concuerdo con MÚRTULA¹⁸, una adecuada implementación de la responsabilidad colectiva como fórmula de solución al daño causado por miembro indeterminado de un grupo, en aras del principio *pro damnato*, pasa por un entendimiento lo más amplio posible de la idea de grupo, en su acepción de conjunto de sujetos que realiza una actividad común de la cual se deriva un daño y respecto del cual hay dudas acerca de cuál de sus integrantes ha sido el autor exclusivo.

¹⁷ En el mismo sentido, vid. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, op. cit., pág. 366.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 91.

2.2. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: EL DAÑO DEBE PROVENIR O SER CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO. REMISIÓN

Como es sabido, en cualquier hipótesis de responsabilidad extracontractual es necesario que exista una relación de causalidad entre el daño y la actividad o conducta de su autor y el supuesto del perjuicio causado por un integrante no precisado de un grupo no constituye una excepción. Sin embargo, al ser justamente este presupuesto de responsabilidad el más controvertido y afectado por la condena solidaria de los integrantes del colectivo, me ha parecido adecuado dedicar un espacio mayor a su análisis, destinando este apartado a precisar la naturaleza y características de la actividad grupal, por lo que cabe remitir el estudio profundizado del nexo causal al Capítulo Quinto de este trabajo. Por ahora, señalemos que en la responsabilidad colectiva el vínculo causal necesario presenta la particularidad de unir el daño con la actividad grupal, entendida ésta no como el comportamiento de un ente, sino como la actividad conjunta de un grupo de personas que culpablemente crean una situación de peligro, que se materializa por uno de ellos, cuya identidad es imposible precisar¹⁹. En otras palabras, de lo que se trata es de “situar así la causa del daño, no ya en el hecho material directamente dañoso (el disparo), susceptible de identificación incierta, sino en la *anterior actitud*, común a todos los interesados...”²⁰. El mecanismo a través del cual se debe unir la actividad conjunta de los miembros del grupo es una presunción de causalidad, en virtud de la cual se considera que el daño está relacionado causalmente con cada uno de los componentes como si cada uno de ellos lo hubiera cometido. La dinámica de esta compleja operación se detallará, como se anticipó más arriba, en el Capítulo Quinto.

¹⁹ En términos similares, MÚRTULA, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, 2005, págs. 93 a 96, LACRUZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 488, REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002, págs. 317 y 318, GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 372, y COLINA GAREA, Rafael, “La relación de causalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, coordinador, Cálamo, 2004, págs. 97 y 98.

²⁰ CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, Tomo II, Volumen III, Editorial Bosch, 1971, pág. 78.

En vista de lo anterior, detengámonos un poco en la actividad grupal en sí, a la que tiene que estar unido causalmente el daño. Cosa distinta a la naturaleza del grupo, que ya vimos, es generalmente indiferente, es la actividad que ese grupo realiza y que provoca el daño a la víctima. El problema consiste en determinar si la actividad grupal que indirectamente origina el daño debe estar encaminada a causar ese daño o no. La opinión que aparece más difundida entre los autores en este sentido²¹, y que es también la mía, es que el accionar del grupo no debe buscar el resultado dañoso producido, porque si así fuera estaríamos frente a un caso de persecución intencionada de comisión de un ilícito civil, lo que implicaría necesariamente la condena de todos los miembros del grupo como coautores de ese hecho. Asunto que es muy distinto al caso que nos ocupa, en que sólo existe un autor del daño, pero desconocido. En los casos de coautoría hay un obrar conjunto de un grupo de individuos con miras a la comisión del ilícito y en el que todos son responsables del mismo, por cuanto cada uno lleva a cabo alguna conducta que es clave para el resultado delictivo final. Existe en la coautoría, como afirma SANTOS BRIZ, “cooperación física o síquica necesaria en la comisión de un acto ilícito”²². La diferencia en este sentido con la responsabilidad colectiva es fundamental.

Mas lo anterior no significa que la actividad que el grupo realiza necesariamente deba ser lícita. En mi opinión, la actividad del grupo puede tener ese carácter como ser derechamente ilícita, sin exigencias previas en ese sentido. Pero es necesario aclarar que si dicha actividad es ilícita no lo debe ser en relación al hecho civilmente reprobable, porque si fuera así, estaríamos, como ya se dijo, frente a un caso de coautoría. Es decir, una conducta grupal puede ser ilícita, pero no debe estar dirigida a provocar el resultado civilmente dañoso, como en definitiva sucede. Así, por ejemplo, un grupo de personas puede dedicarse a actividades de cacería sin cumplir, conscientemente, con las normas que regulan la caza y, como consecuencia de ello, resultar herida accidentalmente una tercera persona que no participaba de la práctica cinegética, sin que pueda llegar a determinarse cuál de los cazadores es el responsable. Desde el punto de vista de la actividad de la caza, ésta es totalmente reprobable en relación al ordenamiento

²¹ Por todos, MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, pág. 13.

²² SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 3ª edición, Madrid, 1981, pág. 421.

jurídico, puesto que se ha practicado en contravención a las respectivas normas reguladoras; sin embargo, no puede decirse lo mismo si se observan las cosas desde el otro punto de vista, el de la persona herida, por que los cazadores furtivos jamás pretendieron herirle y si así sucedió fue producto del infortunio, el descuido o la negligencia²³.

Pero esta actividad grupal, lícita o ilícita, debe tener una característica ineludible: debe ser susceptible de crear una potencial situación de riesgo. Porque si la conducta del colectivo es inocua, inofensiva o carente de toda peligrosidad, no será un comportamiento que pueda tener posibilidades de llegar a perjudicar a los miembros del grupo social²⁴. Pero inmediatamente surge una inquietud: ¿cuándo, entonces, una actividad es riesgosa, y, por lo tanto, puede desencadenar responsabilidad colectiva para los elementos del grupo? Puesto que, si analizamos detalladamente todos aquellos casos que la imaginación nos pueda proporcionar, llegaremos a la conclusión de que cualquier actividad puede eventualmente ser peligrosa, aún bajo una apariencia o intencionalidad inofensiva, dependiendo de cómo, en qué circunstancias y por quién se lleve a cabo y sin que por ello necesariamente deba derivarse una responsabilidad objetiva. De modo que, para determinar si una actividad puede o no ser riesgosa, necesariamente debe hacerse un examen al actuar colectivo tal como se ha desarrollado en el caso concreto, debe formularse un juicio valorativo de quienes integran la pluralidad de individuos y analizar con qué medida de descuido y negligencia llevaron a cabo su emprendimiento, transformándolo en un accionar peligroso para quienes se encontraban dentro de su órbita de actuación.

Finalmente, este riesgo que supone la actividad llevada a cabo por el grupo debe concretarse, adquirir una materialidad para poder constituir un caso de responsabilidad colectiva, concreción que se produce a través del daño

²³ De la misma forma opinan en Alemania, por ejemplo, LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 625, y Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, tomo I, Bosch, 1995, pág. 804. Discrepo en este sentido de la opinión del prestigioso autor argentino MOSSET ITURRASPE, quien, en su obra ya citada, página 30, opina que el grupo debe orientarse a una actividad lícita, permitida, no reñida con el ordenamiento jurídico.

²⁴ Como puede serlo la fila para renovar el DNI o los turistas de un viaje colectivo, según se ejemplifica en la obra ya citada de LACRUZ, pág. 488.

sufrido por la víctima, el cual se sabe que proviene de un miembro del grupo, pero no de cuál específicamente. Por ello, MOSSET ITURRASPE expresa acertadamente: “compartimos la afirmación de que la actividad debe tener como titular aparente y primordial al grupo. Pero separamos dos “actividades”: la creadora del riesgo, que es la que podemos denominar “antecedente” o actividad previa, y la actividad causante del daño; la primera es grupal, mientras que la segunda es individual”²⁵. Busca el autor de esta forma diferenciar la actividad riesgosa creada por el grupo y de la que éste, a través de sus componentes, es autor, de la actividad dañosa, que proviene exclusivamente de uno de los miembros del grupo, pero al que no es posible identificar. Solamente esta última es capaz de causar el daño que hace surgir la responsabilidad colectiva.

2.3. UNIDAD ESPACIO-TEMPORAL EN LA ACTUACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

La necesidad de que la actividad grupal constituya un fenómeno unitario ha sido propuesta por ciertos autores españoles, especialmente Luis DíEZ-PICAZO²⁶ y Fernando PANTALEÓN²⁷, a partir de las ideas de la doctrina alemana emitidas a propósito del parágrafo 830 del BGB²⁸. En especial, debe citarse al primero de ellos, quien ha sugerido que es requisito necesario para el nacimiento de esta responsabilidad solidaria que se produzca una situación espacio-temporal de características tales que la actuación de los integrantes del grupo constituya un acontecimiento unitario.

El segundo de los autores mencionados, en tanto, afirma que este requisito se encuentra consagrado en el ordenamiento español en el artículo 35.6

²⁵ MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, pág. 41.

²⁶ DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 167.

²⁷ “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983. Dentro de la doctrina argentina puede citarse en este sentido a ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código civil”, *La Ley*, 1988, pág. 863, quien ha sido bastante insistente acerca de la necesaria concurrencia de esta exigencia.

²⁸ Por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 625, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones, op. cit.*, pág. 804, y DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht*, Carl Heyemanns Verlag, 1976, pág. 352.

b) del Reglamento de la Ley de Caza, que señala, en lo pertinente, que “...a estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido...”²⁹. Este precepto será estudiado con más detalle en el Capítulo Octavo de este trabajo.

La exigencia en estudio me parece lógica, por cuanto el supuesto de hecho de la responsabilidad colectiva corresponde precisamente a una situación fáctica que se verifica en circunstancias de tiempo y espacio tales que hacen imposible identificar a la persona que realizó la conducta dañosa, facilitando su anonimato. Normalmente se tratará de casos en que los posibles autores actúen en el mismo lugar y momento, aunque ello no es absoluto y, en definitiva, dependerá de la casuística el analizar las distintas posibilidades que puedan verificarse. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2000 (RJ 4431) se pronunció respecto del caso de un individuo que se encontraba hospitalizado y que falleció a causa de una gangrena gaseosa causada por la mala aplicación de inyecciones por parte de tres auxiliares técnicos sanitarios que lo atendieron sucesivamente en un lapso de tres días, sin que pudiera precisarse cuál fue de ellos fue el autor material de la negligencia. A pesar de tratarse de un caso de daño causado por un profesional sanitario indeterminado dentro de un grupo de ellos, siendo por tanto posible aplicar la fórmula de la responsabilidad colectiva, el Alto Tribunal rechazó condenar a los auxiliares, por no encontrarse acreditado el nexo causal, puesto que cualquiera de los tres podría haber sido el autor y no pudo probarse quién lo hizo específicamente. No obstante la negativa del Tribunal Supremo, me parece que este caso se encuadra perfectamente dentro del tipo de daños que originan la responsabilidad colectiva, porque si bien es correcto lo afirmado por el Supremo en cuanto a que cualquiera de ellos pudo haber causado el daño, hay en los hechos una unidad espacio-temporal en el actuar del grupo, sobre todo en relación a la actividad que desempeñaban esos auxiliares, que era proporcionar un mismo tratamiento a un paciente concreto con cierta periodicidad.

²⁹ PANTALEÓN, Fernando, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983, pág. 416.

Lo que no es necesario, y que recalcan tanto DÍEZ-PICAZO como PANTALEÓN, es que exista algún tipo de concertación en cuanto a la actuación de cada uno de los miembros del grupo o del grupo en su totalidad. Recordemos, primero, que la formación de estos grupos puede ser totalmente espontánea y, segundo, que la existencia de acuerdo previo entre los componentes podría dar lugar más bien a una hipótesis de coautoría que a una de causalidad alternativa, si es que hay intención premeditada en la búsqueda del resultado dañoso.

La exigencia de esta característica en la responsabilidad colectiva no es unánime en la doctrina española. MÚRTULA³⁰ se ha manifestado contraria a ella, por considerarla innecesaria. Señala que en la práctica ello ocurrirá normalmente, pero apunta que existen casos en que la concurrencia de este requisito significaría rechazar el resarcimiento de la víctima. A modo de ejemplo, plantea el caso de la fabricación de un producto defectuoso por varios fabricantes que se prolonga en el tiempo, sin que sea posible identificar al fabricante causante del daño. Asimismo, sostiene que la moderna doctrina alemana, así como la jurisprudencia de ese país, se han pronunciado en contra de semejante exigencia como elemento limitador de la responsabilidad grupal, porque, al fin y al cabo, ello significaría imponerle al ofendido las mismas dificultades probatorias que el parágrafo 830 del BGB trata de solventar mediante la inversión de la carga probatoria de la relación de causalidad. Finaliza su razonamiento la autora proponiendo un concepto de grupo amplio, referido al caso de dos o más personas que se hallen unidas en el desarrollo de una actividad de manera concertada o espontánea y respecto de las cuales existan dudas acerca de la identidad del integrante que causó el daño.

Personalmente, no veo inconveniente en que se imponga esta exigencia a quien sea víctima de un daño causado por un integrante indeterminado de un grupo, por lo que no suscribo la opinión de la autora. En primer lugar, me parece que es erróneo que se equipare la idea de la actividad grupal como fenómeno unitario con una actividad cercana en el tiempo, como parece insinuarlo la tratadista con el ejemplo que plantea. La verdad es que si esta exigencia se entendiera en este

³⁰ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 91.

último sentido, se transformaría en una carga probatoria gravosa e innecesaria para el ofendido. Pero también es cierto que el presupuesto solamente requiere unidad en el comportamiento grupal, lo que viene dado por la propia forma en que esa actividad se realiza³¹. En otras palabras, es un asunto de hecho que debe observarse y deducirse del propio comportamiento del colectivo, con independencia de si se desarrolla en un prolongado espacio de tiempo, por lo que su entendimiento también debe ser amplio.

Sobre lo anterior se puede agregar que una de las formas de solución del daño que estudiamos es la llamada *market share liability*, fórmula que ha sido especialmente utilizada en el derecho norteamericano respecto de daños causados por productos defectuosos. El evento que dio origen a esta solución es el llamado caso DES (*Sindell vs. Abott*), consistente en las graves enfermedades que sufrieron las hijas y nietas de mujeres que, durante el período de embarazo, consumieron el medicamento del mismo nombre, que posteriormente se manifestó como un potencial agente cancerígeno para la descendencia femenina de estas mujeres³². Las demandantes de este juicio no sólo se enfrentaron a la indeterminación de los fabricantes específicos del medicamento consumido, sino también al problema del consumo de este producto por sus madres (e incluso abuelas) con muchos años de anticipación a la manifestación de los síntomas. Sin embargo, la sentencia no rechazó la demanda, sino que la concedió empleando esta vía, que entre otras características, exige una mínima comprobación de aquellos fabricantes que operaron durante el período de consumo por las afectadas del DES, a pesar de la distancia temporal que mediaba entre la fecha del consumo y la realización del proceso. A pesar que, como veremos más adelante, la *market share liability* no tiene aplicación en el derecho español, lo cierto es que se trata de un método válido para solventar estos daños causados por integrante indeterminado de

³¹ Por lo demás, LARENZ, un referente en cuanto a la exigencia de este presupuesto, habla de “fenómeno unitario”, sin plantear la necesidad de un desarrollo temporal próximo en la conducta de los miembros del colectivo. La verdad es que han sido los autores españoles, en especial DIEZ-PICAZO y PANTALEÓN, quienes se han referido a la necesidad de una “unidad espacio-temporal” en la actuación colectiva, lo que es la probable causa del pensamiento de MÚRTULA.

³² Sobre el tema en la literatura española, RUDA, Albert, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, en *InDret*, www.indret.com, marzo de 2003.

un grupo que no repara en pedirle a los interesados que comprueben ciertos datos básicos sobre lugar y época para llegar a un pronunciamiento favorable para ellos.

Por último, el argumento esgrimido por la autora para desechar este presupuesto, en el sentido del perjuicio que significa para la víctima al imponerle una nueva dificultad probatoria, también merece algún reparo. Si bien es correcto afirmar que la responsabilidad colectiva favorece al ofendido, al solucionar el problema de prueba de la relación de causalidad que a aquella le plantea la indeterminación del autor material del daño, en virtud del principio *pro damnato*, lo cierto es que ello no significa que la responsabilidad se imponga al grupo por el daño sin más, eximiendo al ofendido de toda prueba. Al contrario, el demandante debe comprobar fehacientemente la identidad y fisonomía del grupo, así como la relación causal entre el daño y la actividad grupal, y en esa actividad probatoria también puede encontrar dificultades que entraben el éxito de su demanda. Por lo tanto, no me parece correcto argumentar que la facilidad de prueba que implica la responsabilidad colectiva deba ser a todo evento: ella sólo persigue solventar el problema causal y no cada uno de los inconvenientes probatorios a que se pueda enfrentar la víctima del daño en el *iter* resarcitorio.

2.4. IMPOSIBILIDAD DE IDENTIFICAR AL AUTOR SINGULAR DEL DAÑO

Es este el requisito que fundamentalmente distingue y caracteriza a la responsabilidad colectiva y que justifica que puedan adoptarse soluciones como la condena solidaria y conjunta para todos los miembros de un grupo al que pertenece el autor anónimo. El nacimiento de la responsabilidad colectiva exige la imposibilidad para la víctima de identificar al único responsable material de su lesión, debido a la pertenencia de éste a un grupo, que sí se ha podido determinar. Asimismo, esta imposibilidad debe encontrar su origen en circunstancias no imputables al ofendido; así, si, por ejemplo, éste oculta información respecto del autor del daño, debido a la insolvencia de éste, y prefiere la condena grupal, su pretensión no podrá sino ser desestimada.

Cuando se produce un resultado dañoso a causa de un comportamiento grupal, es necesario averiguar y dilucidar quién o quiénes han sido el o los responsables. De esta pesquisa se puede llegar a diversas conclusiones, las que es dable expresar siguiendo un esquema propuesto por Jorge BUSTAMANTE ALSINA³³.

En primer lugar, es posible que el daño haya sido causado por la totalidad o por parte de los miembros del grupo, quienes han llevado a cabo actos que, en su conjunto, configuran el ilícito (intervención conjunta o común). Este es un caso de coautoría, que no encuadra en la figura que estamos estudiando, pero que conlleva un efecto similar para los coautores: la obligación de responder solidariamente al pago de la indemnización a la que puedan ser condenados.

Otra situación diferente se verifica cuando un daño es causado por varios sujetos, quienes realizan cada uno una actividad independiente que provoca el daño de la misma manera que si hubiesen actuado aisladamente. A esta figura se le suele identificar como “intervención acumulativa”, porque la actividad de cada uno se suma a la de los demás, concluyendo en el daño. Un ejemplo clarificador es el de dos empresas que arrojan elementos contaminantes a un río, los que, en conjunto, causan un daño a su ecosistema.

Finalmente, puede que el daño haya sido causado por un solo miembro no identificado de un grupo perfectamente conocido, que es lo que llamamos responsabilidad colectiva, a diferencia de los dos casos anteriores, en que el autor está perfectamente identificado, no es anónimo, y por lo tanto su responsabilidad es individual. Se trata de un problema de autoría no dilucidada y, por lo mismo, la incertidumbre que constituye el núcleo de la responsabilidad colectiva no se extiende al grado de participación de los miembros del grupo, al grado de intervención de cada uno en la causación del daño, puesto que se conoce con precisión que el daño proviene de la actuación de sólo uno de los integrantes de

³³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, págs. 607 a 609.

aquél³⁴. Por ello es fundamental que el autor sea único, a fin de que no nos encontremos en alguna de las hipótesis anteriores, en que el responsable está constituido por dos o más individuos. BUSTAMANTE ALSINA llama a esta hipótesis “intervención alternativa o disyuntiva” y la doctrina alemana la conoce como “causalidad alternativa”.

El anonimato del verdadero autor del daño debe ser absoluto, lo que puede generar algún tipo de suspicacia en cuanto que un caso así pueda darse en la práctica. Cuesta imaginarse que al interior de un grupo dado nadie pueda tener una idea acerca de quién fue el culpable del resultado perjudicial, e inmediatamente se tiende a pensar que en realidad hay un ocultamiento de la identidad del autor, lo que constituiría una forma de solidaridad grupal, solidaridad mal entendida, pero solidaridad al fin y al cabo. Si bien es cierto ello es posible, lo que justificaría aún más la condena de todo el grupo, no es tampoco improbable que los demás integrantes puedan desconocer la identidad del responsable³⁵. Pensemos en los grupos de caza, en que sus miembros no necesariamente permanecen juntos durante toda la práctica cinegética, e incluso puedan encontrarse separados por distancias que les impidan percatarse de los movimientos de sus acompañantes. Eso sí, reitero lo dicho al hablar del primer requisito de este tipo de responsabilidad en cuanto a que, si bien la identificación de la identidad del único autor debe ser imposible, no lo debe ser el hecho de que el daño provenga desde el seno del grupo, situación respecto de la cual no debe haber ningún margen de duda³⁶.

³⁴ COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 96.

³⁵ Jean CARBONNIER, a propósito de los daños causados por miembro indeterminado de un grupo, ha dicho: “¿Acaso no se puede imaginar que todos los participantes... están ligados por una cuasisociedad o al menos por una *sociedad de hecho*, en orden a la distribución de inconvenientes y ventajas?” (*Derecho civil, op. cit.*, pág. 79).

³⁶ Es interesante señalar que la responsabilidad colectiva ha sido justificada y sostenida desde una perspectiva económica, precisamente en base al mayor costo que supone para la víctima tener que identificar y distinguir al miembro del grupo que causó el daño de aquellos que no lo hicieron. Así, la condena solidaria de todos los miembros del grupo se transforma en una solución más eficiente, desde que evita o disminuye tales costos a la víctima (GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, págs. 362, 363 y 368).

2.5. SUJETO PASIVO DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Respecto a la víctima del daño, no existen mayores dificultades que afrontar, por cuanto puede tener ese carácter cualquier persona que tenga el infortunio de caer en el radio de acción de quienes llevan a cabo la actividad de riesgo que desemboca en la conducta dañosa de uno de ellos.

Curiosidad puede generar el hecho de ser la víctima uno de los integrantes del grupo y si esa circunstancia puede desatar las consecuencias de la responsabilidad colectiva. Desde un punto de vista fáctico, es perfectamente posible que en una situación dada, uno de los miembros del grupo sufra las consecuencias perjudiciales de la conducta grupal, como si en una partida de caza uno de los integrantes es víctima de la bala disparada por alguno de sus compañeros. Pero en este caso, sostiene Ricardo DE ÁNGEL, en una opinión que me identifica, operaría la eximente de responsabilidad conocida como “consentimiento de la víctima”³⁷, caso en el cual desaparece la responsabilidad de los demás miembros del grupo³⁸.

A lo anterior, MÚRTULA³⁹ agrega que esta exclusión de responsabilidad procederá en la medida que la víctima sepa y tenga conciencia que su conducta y la del grupo en general, es riesgosa o peligrosa y, a pesar de ello, consiente a través de su participación. La explicación para este alcance está en que la autora piensa que si la víctima forma parte del grupo, el juez debe realizar una valoración de la incidencia de su comportamiento en la actividad grupal causante del daño, en vista de una posible exclusión del mismo, como en la situación de consentimiento de la víctima recién descrita, o a una reducción de la indemnización. Esta última posibilidad se materializaría en aquellos casos en que la contribución de la víctima no ha sido determinante para la producción del resultado dañoso, dando

³⁷ *Op. cit.*, pág. 75. Un análisis detallado y profundo sobre esta materia se encuentra en el trabajo de José Antonio Díez BALLESTEROS, “La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)”, en *Aranzadi Civil*, N° 37, 2000, pág. 1380 y ss.

³⁸ En el mismo sentido, MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, pág. 43, PANTALEÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, pág. 414, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 805 y DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 354.

³⁹ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 99.

lugar a la correspondiente moderación indemnizatoria, llevada a cabo por el juez con base en el artículo 1.103 del Código civil.

Respecto a esta última opinión, debo manifestar mi extrañeza ante la posibilidad de determinar el grado de participación de la víctima del daño, o de cualquier integrante del grupo, que propone la autora en una hipótesis que justamente se destaca por la ignorancia acerca de la identidad del causante directo. Me parece que el conocimiento del detalle de la conducta de cada integrante nos llevará a descartar su responsabilidad por no haber tenido participación en el suceso dañoso, o bien nos permitirá conocer la identidad del autor, pero difícilmente podremos saber el grado o escala de intensidad de su actuación. En el supuesto en comento, si la víctima integra el grupo podemos saber que ella intervino en la conducta grupal que le provocó el daño, o bien, que no tuvo ninguna intervención, caso en el cual no opera la causal de exclusión y este problema no se plantearía por tratarse una víctima directa. Pero la naturaleza del daño que origina la responsabilidad colectiva, me parece, aparta la posibilidad de establecer rangos intermedios de conducta, precisamente porque no se poseen parámetros que posibiliten medirlos.

En conclusión, adhiero a la idea de que el sujeto pasivo de la responsabilidad colectiva pueda ser un integrante del grupo cuya conducta origina el daño, caso en el cual es aplicable excluir la responsabilidad grupal por existir consentimiento del propio dañado en la realización de la actividad del colectivo que él mismo integra y cuya actividad comparte, pero descarto la posibilidad de una hipótesis de “conurrencia de culpas” o, utilizando un término sabidamente inexacto, “compensación de culpas”, en virtud de la propia naturaleza del daño causado por miembro indeterminado de un grupo, que no permite conocer el grado de participación de sus integrantes.

2.6. UNA CONSIDERACIÓN FINAL

Para redondear lo expuesto hasta este momento quisiera reiterar que los requisitos de la responsabilidad colectiva que hemos tratado recientemente deben ser cumplidos de manera estrictamente copulativa, ya que esta forma de responsabilidad, dadas sus características y la dificultad que su base fáctica presenta para acomodarse a los criterios tradicionales de la responsabilidad por daños, es excepcional, por lo que no debería aplicarse a más situaciones que las que se configuren de acuerdo a esas condiciones o exigencias.

3. LA FACETA PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA. RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. PROCEDENCIA

Como corolario al estudio de los elementos que configuran y definen el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y la responsabilidad colectiva, cabe aproximarse al análisis de ciertos matices de orden procesal relacionados con el carácter grupal de la actividad que se encuentra en el origen del daño ya mencionado. El problema específico a que da lugar esta característica del daño en cuestión, consiste en dilucidar si es o no necesario demandar a todo el grupo de potenciales responsables, o basta con hacerlo respecto de alguno de ellos, que han podido ser identificados como miembros del colectivo. En términos técnicos, se trata de determinar si la idea procesal del litisconsorcio pasivo necesario es determinante para el surgimiento de la responsabilidad colectiva.

La figura del litisconsorcio pasivo ha sido prevista por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 12. Según esta disposición, “podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir”.

Asimismo, prosigue expresando que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo podrá hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

El primer párrafo expuesto versa sobre el litisconsorcio pasivo voluntario (“podrán comparecer...”), que, a su vez, puede ser activo o pasivo, según se examine desde el punto de vista de la parte demandante o demandada. En consecuencia, su existencia está entregada a la decisión de quienes comparecen al juicio y redundará en que todas las acciones se discutan en un solo juicio y sean resueltas mediante una única sentencia.

Por su parte, el segundo apartado del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reglamenta el litisconsorcio pasivo necesario exclusivamente desde el punto de vista pasivo, lo que se traduce en que, tal como el precepto indica, cuando una acción deba dirigirse en contra de varias personas conjuntamente consideradas para ser exitosa, todas ellas deberán ser demandadas como litisconsortes.

Como anticipé, la figura en estudio nos es relevante, por cuanto es válido plantarse como inquietud si es obligación de la víctima de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo demandar a todos aquellos componentes del colectivo creador de la actividad de riesgo que desemboca en el detrimento sufrido, a objeto de prosperar su acción y así surgir la responsabilidad de aquellos.

Al respecto, cabe señalar que el actual artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es depositario de una extendida doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la cual no se puede oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en aquellos supuestos en los que no se ha demandado a todos los responsables del daño (el litisconsorcio, históricamente, sólo tenía el carácter de creación jurisprudencial, puesto que no estaba previsto en la legislación procesal

anterior al año 2000). Esta doctrina procesal no alcanzaba a la responsabilidad colectiva, ya que las sentencias emanadas del Tribunal Supremo⁴⁰, derivadas principalmente de la resolución de 8 de febrero de 1983, resolvieron los respectivos litigios condenando en forma solidaria a todos los posibles causantes del daño demandados, sin pronunciarse acerca de la necesidad de demandar a otros individuos.

Ahora bien, la consagración del litisconsorcio como figura procesal legalmente establecida nos impone recurrir necesariamente al texto del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de determinar la procedencia del litisconsorcio pasivo necesario en las hipótesis de daño de autoría indeterminada. Señalemos, en primer término, y en consonancia con la postura jurisprudencial anterior al año 2000, que parece claro que respecto de acciones dirigidas en contra de varios sujetos que deben ser condenados solidariamente no cabe el litisconsorcio pasivo necesario. En efecto, la figura litisconsorcial prevista en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente puede hacerse valer frente a varios individuos conjuntamente considerados, requisito que no se cumple en supuestos de solidaridad en que todos los codeudores solidarios son deudores principales de la deuda, pudiendo, por lo mismo, exigirse el cumplimiento completo de la obligación a cada uno de ellos⁴¹. En consecuencia, en el ámbito de la responsabilidad colectiva tampoco cabría oponer una excepción como la apuntada, desde que aquella se puede exigir a cada uno de los miembros del grupo en forma íntegra.

En segundo lugar, y más allá del argumento recién expuesto, que mira a la naturaleza de la obligación solidaria que se impone por la sentencia, es necesario recurrir a la operatoria y al sentido del litisconsorcio, tal como lo ha contemplado la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, debemos recordar que la excepción en comento tiene por objeto remediar una defectuosa constitución de la litis desde su origen, al no haberse presentado correctamente la demanda, por no incluir ésta a todos quienes debieron ser demandados. Pues bien, si trasladamos esta

⁴⁰ *Vid.* Capítulo Tercero, 3.1.3.

⁴¹ En el mismo sentido, GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op cit.*, págs. 240 y 241.

idea al caso de una persona que ha sufrido un daño y que sólo sabe que ha sido causado por un individuo cuya identidad desconoce absolutamente, de entre varios posibles, y a los que quizás tampoco puede individualizar completamente, nos percataremos que la excepción en estudio pierde su sentido, puesto que la no incorporación de todos los posibles responsables en la demanda no es un problema que se encuentre en el origen de la acción, sino que se va a manifestar realmente en la etapa probatoria del proceso, con las posteriores repercusiones en la sentencia. En otras palabras, no se aprecia el fundamento de apoyar la exigencia del litisconsorcio pasivo necesario en la responsabilidad colectiva, es decir, la inclusión en la demanda de todos los miembros del grupo, cuando la víctima no se encuentra en condiciones de identificar al autor material del daño y, además, es perfectamente posible que no pueda identificar a varios integrantes del grupo en cuestión. No es un problema de incorrecta formulación de la litis, sino esencialmente de incapacidad probatoria de parte del ofendido, sin duda, su principal drama en esta clase de daño⁴².

Por otra parte, no debe olvidarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha dispuesto en el artículo 420 un procedimiento especial para resolver casos en que alguna de las partes sostenga o se oponga a la existencia del litisconsorcio pasivo necesario, una vez iniciado el proceso. De este modo, la o las personas demandadas tienen la oportunidad, en la contestación de la demanda, de señalar quiénes, a su juicio, deberían también ser incluidos en la acción. Si el actor manifiesta su conformidad con esta solicitud y el tribunal declara la procedencia del litisconsorcio, se ordenará el emplazamiento de los nuevos demandados. Si el actor se opone a lo solicitado, la decisión quedará en manos del juez. Así, el artículo 420 parece constituir una adecuada forma de solventar la posible injusticia que significaría para el o los originalmente demandados el que no se lleve a proceso a otros potenciales causantes del daño, lo que, de paso, puede contribuir al esclarecimiento de la identidad del real autor material.

⁴² En el mismo sentido, MÚRTULA, quien además afirma que si bien es cierto que esta circunstancia no fue considerada por el legislador al momento de reglamentar el litisconsorcio, ello no significa que si se verifican los presupuestos de la responsabilidad del grupo en los sujetos demandados deba desecharse la demanda por falta de alguno de sus miembros, porque la condena se basa en que no es posible discernir el agente directo del daño y los demandados han tenido una vinculación comprobada en los hechos. De no ser así, sostiene la autora, podría producirse una falta de tutela judicial efectiva respecto de la víctima (*La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, págs. 98 y 99).

Finalmente, cabe agregar a todo lo dicho hasta ahora, que la exigencia del litisconsorcio en las demandas por daños causados por uno cualquiera de varios agentes posibles, redundaría en un perjuicio para la víctima y en una vulneración de varios principios a los que se acude en situaciones de este tipo, en que se busca la responsabilidad solidaria de los involucrados. Como lo afirma GOMEZ LIGÜERRE, “...la solidaridad no es sólo una garantía del crédito prevista a favor de determinados acreedores. La solidaridad cumple también una función de ahorro de costes de identificación. La solidaridad permite a la víctima del daño algo que no precisa el acreedor: identificar a los obligados a la indemnización del daño”⁴³. Esto último toma relevancia en la hipótesis de daño que nos ocupa, donde es más patente que en muchos otros casos lo injusto que puede ser abandonar a su suerte a quien tiene la desventura de no precisar a quienes fueron los responsables del sufrimiento por el cual clama resarcimiento. La exigencia del litisconsorcio sólo significaría entorpecer aún más el camino hasta la justa indemnización.

En suma, parece razonable concluir que no es posible exigir la constitución del litisconsorcio pasivo en los juicios donde se persigue la declaración de una obligación solidaria a favor del acreedor, en general, ni en aquellos en que se persigue la imposición de la responsabilidad colectiva, en particular. Por lo tanto, la relación procesal estará bien constituida, aún cuando la víctima no demande a todos aquellos sujetos que pudieran integrar el catálogo de posible causantes de su detrimento, porque no es un supuesto para el cual el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil haya previsto esta exigencia, y porque el artículo 420 posibilita que en el curso del proceso puedan ser incorporados otras personas no tomadas en cuenta desde un principio por el actor. Si el juez en su sentencia absuelve a los demandados, deberá ser porque se ha logrado comprobar su inocencia en los hechos que se les imputan o porque no se configuran a su respecto los requisitos de la responsabilidad colectiva, pero de ninguna manera porque no se ha constituido la figura procesal que se ha analizado en este apartado.

⁴³ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, op. cit., pág. 243.

CAPÍTULO TERCERO

LOS EFECTOS DEL DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO: LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

SUMARIO: 1. Formas de intervención plural en la causación de un daño 1.1. Participación o causación conjunta o común: la coautoría 1.2. Causación a cargo de varios sujetos independientes 1.3. La causalidad alternativa 2. La solidaridad como efecto de la participación plural en los actos ilícitos civiles en España 2.1. Régimen del Código civil español 2.2. La solidaridad en los daños extracontractuales causados por varias personas 2.3. Posición de la jurisprudencia 2.4. Leyes especiales que establecen la regla de la solidaridad 3. Los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en España 3.1. Situación legal y jurisprudencial 3.1.1. El Código civil 3.1.2. La legislación especial y su extensión por analogía 3.1.3. La jurisprudencia 3.1.4. La opinión de la doctrina científica española

Al hablar de los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, lo que pretendo es referirme a la forma en que deben responder los miembros del grupo al que pertenece el causante único y anónimo del daño que motiva la condena, una vez que ella se ha pronunciado a través de una sentencia que ha decidido que no es posible identificar al autor directo y que, por lo mismo, todos los integrantes del colectivo deben asumir las consecuencias de su actividad peligrosa, en la medida que se den todos los demás requisitos necesarios para ello. Está absolutamente claro que la vía de resarcimiento será el pago de una indemnización, cuya cuantía quedará entregada en cuanto a su determinación al criterio del juzgador. Por lo tanto, no es ese el problema que nos debe preocupar, sino que nuestro enfoque debe apuntar a si ese pago se hará por los responsables en forma mancomunada o solidaria. La solución al problema no es un asunto menor, porque si aplicamos la regla de la mancomunidad, como consecuencia del principio *favor debitoris*, beneficiaremos a los condenados, quienes sólo estarán obligados a responder cada uno por su parte de la indemnización, pero de esta forma disminuyen las posibilidades del dañado de obtener íntegramente el resarcimiento de su perjuicio, en caso de ser insolventes uno o más de los deudores. Cosa que no sucede si se opta por el camino de la solidaridad, porque ésta actúa como una verdadera

garantía para la víctima, en cuanto podrá dirigirse contra cualquiera de los condenados para obtener el pago completo de la indemnización, sin perjuicio de la acción de regreso que le favorece a aquel que paga en contra de los demás deudores. Claro que en este caso se desatiende el beneficio de éstos últimos, toda vez que cada uno de ellos puede ser compelido al pago de toda la cantidad establecida por la sentencia condenatoria, lo que no deja de ser un inconveniente para el pagador, a pesar de ser, en tal caso, titular de la ya mencionada acción de regreso.

Como se ve, la solución a adoptar es importante y desde ya manifiesto mi apoyo a la tesis de la condena solidaria de todos los miembros del grupo, porque considero que es la fórmula que mejor protege a la víctima del acontecimiento dañoso y porque es la que más se acerca a la finalidad primera del Derecho de daños, como lo es la obtención de la reparación de todos los perjuicios sufridos por la víctima, al garantizarle a aquella que, en caso de insolvencia de uno o más de los condenados al pago, siempre va a tener la posibilidad de dirigirse en contra de algún otro por la totalidad, sin tener que iniciar cuantas acciones procesales sean necesarias en atención al número de deudores, por la parte que a cada uno le corresponda.

En lo sucesivo de este capítulo mi preocupación será analizar cuáles son las diversas opiniones de la doctrina y la jurisprudencia españolas al respecto, y también analizaré alguna legislación especial que ha resuelto el tema, inclinándose por la responsabilidad colectiva, como lo es la Ley de Caza.

1. FORMAS DE INTERVENCIÓN PLURAL EN LA CAUSACIÓN DE UN DAÑO

Nada nuevo se dice al afirmar que un ilícito civil puede originarse tanto en la actuación individual de una persona como en el accionar de muchos individuos. La disyuntiva entre responsabilidad mancomunada o solidaria en el cumplimiento de una obligación derivada de un ilícito extracontractual surge porque ha existido una intervención plural de sujetos en la comisión del mismo, por

lo que el actuar individual debe ser inmediatamente descartado para los fines de este análisis.

Ahora bien, la intervención de varios sujetos en la causación de un daño no asume en los hechos una sola forma, sino que es posible distinguir ciertas situaciones que poseen rasgos propios y diferenciadores. Conviene detenerse en estas modalidades a fin de establecer límites entre una y otra forma de participación plural y el tratamiento que a cada una corresponda. La doctrina alemana, a través de algunos autores clásicos, sistematizó las formas de actuación plural o conjunta en base a la formulación del parágrafo 830 del Código Civil de Alemania, dedicado a los casos de ilícitos civiles causados bajo esa modalidad, y con una indudable influencia de la doctrina penal. El texto expreso de este precepto es el siguiente: “Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quien, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción. Los instigadores y los partícipes están en la misma situación como coautores”¹. El estudio pormenorizado de esta disposición nos ocupará en el capítulo IV, a propósito del análisis de la responsabilidad colectiva en el Derecho comparado. Por ahora señalemos que numerosos autores², con base en las hipótesis que maneja el citado parágrafo 830, distingue tres clases de participación plural de individuos, en función de la forma en que se produce esa intervención: participación conjunta (coautoría), causación por varios sujetos independientes y la causalidad alternativa.

¹ “1. Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.
2. Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich”.

La traducción está tomada de la obra de Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil Alemán comentado (BGB)*, Marcial Pons, 1998, pág. 263.

² En este sentido, y con más o menos matices, podemos citar a VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, Editorial Reus, 1934, págs. 294 a 297; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, Bosch, 1935, págs. 672 a 675; HEDEMANN, J.W., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1958, págs. 342 y ss.; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, págs. 623 a 626; y MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, tomo I, Bosch, 1995, págs. 803 a 806.

1.1. PARTICIPACIÓN O CAUSACIÓN CONJUNTA O COMÚN: LA COAUTORÍA

La primera forma de participación plural es lo que LARENZ³ llama “causación conjunta”, esto es, el daño cometido por varias personas a través de una acción común, como en la hipótesis en que varios albañiles derriban conjuntamente una viga y hieren a una transeúnte⁴, y que se puede asimilar al concepto penal de “coautoría”. Para este autor, “la comisión ‘conjunta’ de una acción presupone una cooperación consciente y querida de varios para la obtención del resultado que cada uno *quiere* como el de ‘su’ acto; los varios sujetos participantes son en este caso ‘coautores’”⁵. Existe, entonces, en la coautoría, como afirma SANTOS BRIZ, “cooperación física o síquica necesaria en la comisión de un acto ilícito”⁶. A diferencia de lo que ocurre en la situación del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, la causación conjunta o coautoría presupone conocimiento de los sujetos que deben responder por el daño causado, no existe a su respecto dudas en cuanto a su identidad y, por lo mismo, el problema no es de incertidumbre de autoría del hecho, sino de determinación del grado de participación que cada uno ha tenido en el mismo, con vistas a la imposición de una indemnización de perjuicios⁷.

La figura de la coautoría, como ya se ha dicho, tiene su origen en la dogmática penal, sede en la que se suele distinguir tres categorías esenciales: la autoría propiamente tal que, más allá de las diversas teorías que en el Derecho penal existen acerca de su naturaleza, se refiere a la comisión de un ilícito únicamente por un individuo⁸; la autoría mediata, esto es, la que se atribuye a quien “lleva a cabo la

³ LARENZ, *op. cit.*, pág. 623.

⁴ Ejemplo propuesto en la obra ya citada de ENNECCERUS, pág. 672.

⁵ La doctrina argentina llama a esta forma de participación “intervención o causalidad conjunta o común” (GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, 1984, págs. 141 y ss.; ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil: límites de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1987, págs. 164 y 165; y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Tratado de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, págs. 607 y 608).

⁶ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 3ª edición, Madrid, 1981, pág. 421.

⁷ COLINA GAREA, Rafael, “La relación de causalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, coordinador, Cálamo, 2004, pág. 98.

⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal, Parte general*, Editorial Ariel, 1994, págs. 283 a 285.

realización del hecho a través de otro, al que utiliza como instrumento...”⁹; y la coautoría, caracterizada según MIR PUIG¹⁰, porque los coautores realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho¹¹. La coautoría, distinguen los penalistas y secundan en la doctrina civil, puede asumir la forma de una mera participación¹².

Trasladar esta estructura originada en el Derecho penal a la responsabilidad extracontractual conlleva el surgimiento de ciertas dudas teóricas en relación al daño que nos ocupa, cuya resolución es importante, porque de ello puede depender la solución del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo por la vía de la responsabilidad colectiva o a través de la idea de coautoría. La primera de ellas ha sido planteada por MÚRTULA¹³ a propósito de la figura de coautoría en relación con los ilícitos civiles dolosos. La autora recalca que los tratadistas españoles que se han dedicado al estudio del daño en estudio han afirmado que, en aquellos casos en que existe coautoría, surgiría una responsabilidad conjunta entre todos ellos, sin que sea necesario que todos hayan causado efectivamente el daño¹⁴. Para explicitar esta opinión, recurre a un ejemplo planteado por PANTALEÓN: si “A” y “B” acuerdan matar a “C” y para ello disparan sus armas en contra de él, el daño que se deriva de la muerte puede imputarse a ambos, sea que las balas provengan de las armas de ambos o de sólo uno de ellos, o incluso si no puede determinarse de cuál arma salió el proyectil. La explicación de esta conclusión se encuentra en que, prosigue la autora, habiendo coautoría en incidentes dolosos, la imputación a todos los coautores de la responsabilidad por el daño causado es un resultado al que se arriba sin necesidad de determinar en absoluto la

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pág. 285.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, pág. 386.

¹¹ “Los coautores son autores porque cometen el delito *entre todos*”, ha dicho MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 386.

¹² MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, pág. 62.

¹³ MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 64 y 65.

¹⁴ DE ÁNGEL, Ricardo, “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, en *Estudios de Deusto*, 1984, volumen 32, págs. 292 y ss., y PANTALEÓN, Fernando, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983, pág. 411. También en este sentido, GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002, págs. 417 y 418, y ROCA, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 143.

existencia de una específica relación causal entre ese daño y la conducta particularizada de cada uno de los coautores, ya que basta con el solo acuerdo de voluntades entre ellos como título común de imputación objetiva¹⁵.

Entonces, en los ilícitos dolosos la coautoría importa la responsabilidad individual de cada uno de los coautores, ya que cada uno de ellos se encuentra individualizado, así como el nexo causal entre su acción y el resultado lesivo, por lo que la hipótesis nuclear de la responsabilidad colectiva se desvirtúa. No olvidemos que esta última solución opera en la medida que exista certeza que sólo uno de los integrantes del grupo causó el daño. Pero si acogemos la tesis de PANTALEÓN ello carecería de trascendencia, al menos en los delitos dolosos. Solamente tendría validez el problema del daño causado por el miembro indeterminado de grupo, señala DE ÁNGEL¹⁶ al comentar la idea de PANTALEÓN, en los casos de “autoría accesoria”, es decir, aquellos casos en los cuales no existe entre los agentes el acuerdo de voluntades que caracteriza a la autoría, pero todos contribuyen con su actuar a la causación del daño. En hipótesis como la descrita no existe acuerdo entre los sujetos, y como consecuencia, no hay título común de imputación objetiva, por lo se hace imprescindible comprobar la relación de causalidad que vincula a cada uno de ellos con el daño causado para imponerles responsabilidad. Si ella no se prueba, la solución inicial sería la absolución de los demandados, cosa que no sucede en la coautoría.

Un segundo asunto, íntimamente ligado con el recientemente expuesto, dice relación con la problemática de aplicar la idea de la coautoría a los delitos culposos, es decir, si es procedente aplicar esta figura en situaciones en las que no existe el acuerdo de voluntades requerido. MÚRTULA¹⁷ recuerda que este aspecto ha sido discutido en el ámbito de la doctrina penal y, en sus palabras, “la problemática se centraría en la cuestión de si cabe o no apreciar coautoría, y por tanto imputación objetiva del daño a todos los partícipes, en los casos de

¹⁵ En base a lo sostenido por PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, págs. 411 y 412.

¹⁶ DE ÁNGEL, “Nota sobre el daño extracontractual...”, *op. cit.*, pág. 293.

¹⁷ MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 65 a 67.

responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo”¹⁸. La misma cuestión se ha planteado PANTALEÓN¹⁹.

Este último autor se apoya en la doctrina penal española para sostener que el acuerdo de voluntades que subyace en la coautoría no debe referirse necesariamente al resultado lesivo, como sí lo afirman la doctrina penal y civil alemana, lo que implica que la coautoría no existe en los delitos culposos, porque obviamente el resultado en esta clase de ilícitos no es querido ni buscado por los agentes dañosos, sino que es suficiente con que se refiera a la realización en común de la conducta que finalmente resulta ser imprudente. De ser tal como lo plantea PANTALEÓN, al existir coautoría en los ilícitos culposos, el efecto debería ser el mismo que respecto de los dolosos, esto es, la indeterminación del causante del daño sería un dato irrelevante desde el momento que lo único que realmente importa saber es si ha existido cooperación conjunta y consciente en la realización de una acción que, negligentemente, causa un daño.

En fin, como corolario a la opinión del profesor PANTALEÓN respecto de esta doble vertiente del problema de la coautoría y su relación con el tipo de daño que estudiamos en este trabajo, nada mejor que sus propias palabras: “...el problema del <daño causado por miembro indeterminado de grupo> carece de relevancia si entre los posibles causantes del daño existió coautoría, bien se entienda ésta como acuerdo de voluntades sobre el resultado dañoso (lo que la limitaría a los casos de responsabilidad dolosa), bien, también, como acuerdo de voluntades sobre la actividad creadora del riesgo de daño injustificado (responsabilidad por culpa) o justificado (responsabilidad por riesgo)”²⁰.

Como bien agrega MÚRTULA a su análisis²¹, el tema de la coparticipación imprudente es muy controvertido en la dogmática penal. En la actualidad parece imponerse la idea que excluye la coautoría en los ilícitos culposos,

¹⁸ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁹ PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, págs. 412 y 413.

²⁰ PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, pág. 413.

²¹ MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 66 y 67.

por cuanto el resultado que prosigue a una comisión de esta clase no es querido por los copartícipes, al ser producto de la negligencia y el descuido. Lo que habría en hipótesis de este tipo sería tantos delitos de imprudencia como comportamientos culposos han concurrido a la producción del resultado final, con autores individuales responsables por su propio delito.

El asunto de la coautoría en los ilícitos civiles dolosos y culposos parece ser un asunto bastante conflictivo, especialmente porque la doctrina penal española, y parte de la civil como se ha visto, apoya la idea de la cooperación entre coautores en relación a la realización de la actividad dañosa, a diferencia de su equivalente alemana, que la circunscribe al resultado lesivo. Asimismo, cuando se plantea esta problemática a propósito de la responsabilidad colectiva, la doctrina no llega a encontrar una solución concreta al asunto. Se trata de una disyuntiva importante porque, como ya se dijo, la primera de estas visiones, aplicada a delitos civiles dolosos y culposos, significa la virtual desaparición de la fórmula de la responsabilidad colectiva como sanción civil, bajo la figura de coautoría. Como bien lo dijo en su momento PANTALEÓN²² y lo ha reafirmado MÚRTULA²³ en la actualidad, el tema no ha sido debatido por la doctrina civil española. Aunque parece aventurado dar una opinión acerca de un tema tan poco estudiado en el campo civil, me atrevo a sostener que la consideración de la coautoría en cualquier clase de ilícito, doloso o culposo, no ha sido tomada en cuenta como solución al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, salvo por el propio PANTALEÓN. En otras palabras, no parece que la doctrina civil dedicada al tema considere que esta clase de daño sea, en realidad, una forma de coautoría. Así se puede concluir de la observación de los estudios, escasos sin duda, acerca de esta forma de daño que se pueden encontrar en la literatura civilista.

Por otra parte, me parece extraño sostener, como lo hace el profesor PANTALEÓN²⁴, que se condene al pago de una indemnización como autor

²² PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, pág. 413.

²³ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 67.

²⁴ En una opinión que ha secundado DE ÁNGEL (“Nota sobre el daño extracontractual...”, *op. cit.*, pág. 292).

a individuos que quizás no causaron el daño, pero que han manifestado su conformidad en realizar la conducta generadora del mismo. Siguiendo el mismo ejemplo utilizado más arriba, si “A” y “B” acuerdan matar a “C” y le disparan, pero solamente “A” acierta, el concepto de coautoría defendido por PANTALEÓN obligaría también a “B” a resarcir el daño por ser coautor de un ilícito doloso, aunque no haya causado daño alguno, lo que parece reñido con el espíritu de la responsabilidad extracontractual, que precisamente se diferencia del Derecho penal por reprochar resultados y no comportamientos. Si se opta en cambio por aplicar a este ejemplo una visión de la coautoría en función del resultado producido por la conducta, concluiremos que sólo puede ser obligado a indemnizar aquel de los copartícipes que ha causado el daño (“A” en la hipótesis) y que si se desconoce quién ha sido el autor de ese resultado, cabe considerar la aplicación de la responsabilidad colectiva como solución al problema o bien absolver a los demandados.

1.2. CAUSACIÓN A CARGO DE VARIOS SUJETOS INDEPENDIENTES

Una segunda forma de intervención plural de agentes en la producción de un daño, observada por la doctrina alemana a partir del parágrafo 830 del BGB, es la que se refiere al daño causado por varios individuos a través de actos independientes entre sí, sin mediar cooperación consciente entre ellos²⁵. En palabras de COLINA GAREA, “esta situación tiene en común con la...<coautoría> que ambas se refieren al daño ocasionado por varias personas, y que no es posible identificar el grado de participación que en el mismo corresponde a cada una de ellas. En cambio, se diferencian en que la mera pluralidad de responsables no presupone una cooperación previa consciente; los diversos sujetos intervinientes proceden de manera independiente. Mientras en la <coautoría> se observa que todos los agentes actúan conjuntamente bajo una unidad de propósito lesivo”²⁶.

²⁵ También conocida como “autoría secundaria” (LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 624), “causalidad acumulativa o concurrente” (GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, págs. 150 y 151), o actuación de una “pluralidad de sujetos responsables”, sin más calificativos (ROCA, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, págs. 143 y 144, y COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, págs. 99 y 100).

²⁶ COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, págs. 99 y 100.

La verdad es que esta hipótesis de daño no está prevista en el citado párrafo del Código civil alemán, pero ha sido estudiada por los tratadistas en base a la observación de la casuística²⁷. En el ordenamiento español, MÚRTULA ha hecho una sistematización de las posibles formas que asume esta clase de intervención plural²⁸. En primer lugar, habla de lo que ella denomina “causalidad complementaria o concausalidad”²⁹, entendiendo por tal aquellas hipótesis en que las causas del daño son complementarias en sus efectos, ya que ninguna por sí sola puede causar el resultado final, aunque su actuación se realiza de manera independiente y sin vinculación entre ellas, por lo menos en forma consciente. Un ejemplo posible y frecuentemente mencionado es el de varias fábricas que descargan sustancias nocivas en pequeña cantidad cada una, pero que en conjunto y por su acumulación terminan ocasionando diversos daños a cultivos agrícolas³⁰; o si un camión de cierta envergadura colisiona con una casa, a la que deja en una condición bastante desmejorada, debido al cual se derrumba cuando, con posterioridad, otro camión la impacta nuevamente³¹. Como el daño es fruto del actuar conjunto, sin cooperación, de diversos agentes, la regla será la condena a reparación de todos ellos, lo que necesariamente obligará al juzgador a precisar la proporción del daño causado por cada uno.

Una segunda modalidad dentro de esta categoría de intervención plural es la que la autora denomina “causalidad cumulativa o concurrente”, que se presenta en situaciones de actuación autónoma e independiente de varios sujetos, pero que llegan a producir el mismo daño que se habría causado de

²⁷ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 624; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, *op. cit.*, págs. 294 y 295.

²⁸ MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 67 y 68

²⁹ Nomenclatura que se basa, como la propia autora lo aclara (MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 67, nota 25), en las ideas de GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, pág. 150, y Francisco José INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 23 y ss.

³⁰ Ejemplo tomado de LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Derecho de obligaciones*, volumen II, 1995, pág. 488. Esta forma de daño al medio ambiente se denomina en doctrina “contaminación por sinergia” (DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Cívitas, 1993, pág. 587) y será objeto de análisis cuando se estudie el daño causado por miembro indeterminado de un grupo en el ámbito del medio ambiente.

³¹ Ejemplo de INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, pág. 23.

forma aislada. Para graficar esta hipótesis podemos recurrir a uno de los ejemplos utilizados en el caso anterior: dos fábricas que eliminan residuos nocivos a un río en forma simultánea e independiente entre sí, pero la diferencia está en que en este caso el desecho de cada una de ellas es suficiente, por sí solo, para causar el daño ambiental.

En ambas posibles figuras se trata de conductas realizadas en forma individual, por lo mismo, la responsabilidad consecuencial también tendrá tal carácter³². Esta responsabilidad recaerá de manera indubitada en el conjunto de sujetos que ha concurrido a la producción del daño, porque esta forma de intervención plural, tal como ocurre con la causación conjunta, no constituye un problema de autoría, al estar plenamente identificados los responsables y su nexo causal con el daño. El único conflicto en este sentido será establecer el grado de participación de cada uno de ellos, factor sumamente importante para establecer el modo en que los agentes deben enfrentar el pago de la indemnización.

1.3. LA CAUSALIDAD ALTERNATIVA

De esta manera se suele conocer en doctrina, especialmente alemana, a la actuación de varios sujetos en la realización de cierta actividad, que desemboca en un daño causado solamente por uno de sus integrantes, del cual desconoce su identidad³³. Desde el punto de vista estrictamente terminológico, me parece más exacta esta denominación para la actividad realizada por el conjunto de individuos, en contraposición a la de “daño causado por miembro indeterminado de un grupo”, entendida como la consecuencia material de esa actividad, y a la de “responsabilidad colectiva”, como consecuencia jurídica para todos los miembros

³² MÚRTULA señala que al realizar la operación de supresión mental de cualquiera de las conductas en esta clase de intervención plural el resultado final se mantiene, a pesar de lo cual debe ser imputado a todos los intervinientes, porque no es aceptable como defensa esa conclusión del proceso de supresión, ya que, de aceptarse, nadie resultaría responsable del daño (*op. cit.*, pág. 68).

³³ También conocida en doctrina como “intervención disyuntiva o alternativa” (GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, págs. 151 a 157; MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 68 y 69).

del grupo, si es que se opta por condenarlos a todos en forma solidaria al resarcimiento³⁴.

Si se analiza comparativamente esta forma de intervención plural, en relación a las dos anteriores categorías que se han visto, la primera gran diferencia que se observa entre ellas es, curiosamente, que en la causalidad alternativa no existe intervención plural en la causación de un daño. En efecto, la causalidad alternativa se caracteriza por ser la actividad de varios agentes realizada con ciertas características de unidad, que concluye en un daño causado por uno de ellos, pero sólo uno, de manera que no puede hablarse en puridad de intervención plural en la producción de un resultado dañoso si éste ha sido causado por una persona.

Sin embargo, me parece que la habitual inclusión de la causalidad alternativa como categoría de intervención plural de sujetos se entiende, desde una perspectiva dogmática, porque la peculiar forma de comisión del daño por un individuo que lleva a cabo cierta actividad en conjunto con otras personas y cuya identidad se desconoce, lleva a proyectar la responsabilidad de ese anónimo autor a todos, al ser todos quienes han fomentado la posibilidad del daño con su comportamiento, lo que amerita una sanción común, además de considerar la manifiesta injusticia que significa dejar a la víctima sin indemnización por un problema probatorio. A la inversa, me parece que la consideración de la causalidad alternativa como forma de intervención plural no tiene mayor sentido si no se va a condenar a todos los miembros del grupo por el daño provocado, porque en este caso la proyección del actuar de uno de los integrantes del colectivo no se producirá y todos serán absueltos. Si ello acontece y se privilegia la prueba de la autoría por sobre el interés del ofendido, carecerá de toda relevancia la forma en que se causó el daño y si hubo o no actividad previa de un cierto número de personas.

³⁴ Entre los autores que utilizan la expresión “causalidad alternativa” para hablar del daño causado por miembro indeterminado de un grupo encontramos a Miquel MARTÍN CASALS y Albert RUDA, “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004, Nº 65, págs. 843 y ss., y Joan SEUBA TORREBLANCA, “Quién ha sido?”, en *InDret*, Nº 2, 2004, págs. 3 y ss.

Lo anterior no deja de tener cierta trascendencia si consideramos que la consecuencia jurídica de esta causalidad alternativa puede ser la responsabilidad colectiva, que implica condenar al pago de una indemnización a todos los miembros del grupo en forma solidaria, y que constituye la moderna forma de imponer responsabilidad por daños causados por una pluralidad de individuos³⁵. Si bien es un asunto que se tratará con cierto detalle más adelante, se puede anticipar que la solidaridad cumple una función de garantía que también es aplicable al caso que nos ocupa, siempre y cuando se opte por la responsabilidad colectiva como respuesta al daño en estudio. A su vez, este último posee características peculiares que recomiendan recurrir a la condena de todos los integrantes, lo que se logra en virtud de una verdadera presunción de causalidad que vincula el daño a todos ellos, como si cada cual fuese el autor material. Esta presunción permite responsabilizar a cada uno de los agentes y aplicarles una fórmula que inicialmente no correspondería tomar en cuenta en esta hipótesis.

2. LA SOLIDARIDAD COMO EFECTO DE LA PARTICIPACIÓN PLURAL EN LOS ACTOS ILÍCITOS CIVILES EN ESPAÑA

Identificadas las posibles formas de intervención de una pluralidad de individuos en la producción de un daño, corresponde determinar cómo responden ellos frente al daño causado de esa manera. Ya es sabido que las alternativas posibles para resolver este conflicto son la mancomunidad o la solidaridad, y que la opción por una u otra ha originado una discusión histórica en el Derecho civil español. Considerando que la decisión que se adopte influye directamente en la solución al problema del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo, por tratarse de una forma de causalidad alternativa; que se trata, como se dijo, de una controversia señera en la doctrina y jurisprudencia española; y que, a pesar de todo lo que se ha dicho y escrito sobre el tema, siempre aparecen nuevas opiniones que mantienen la atención sobre una disputa antigua³⁶,

³⁵ Sin perjuicio de la conocida discusión que en la doctrina española ha suscitado este tema y que estudiaremos más adelante.

³⁶ A modo de ejemplo sumamente actual, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson Cívitas, 2007.

me parece adecuado repasar los principales aspectos de este debate, especialmente para exponer cuál es su situación actual y cómo influye en la satisfacción del daño que nos ocupa.

2.1. RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Las normas sobre solidaridad se encuentran establecidas en el Código Civil en los artículos 1137 y 1138. El artículo 1137 señala que “la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”. Posteriormente, el artículo 1138 indica que “si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”³⁷.

Como se desprende claramente del texto de estas disposiciones, el solo hecho de haber una pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos no implica que, necesariamente, vaya a existir solidaridad. Esta modalidad solamente se presentará en caso de haber sido estipulada expresamente por las partes, quienes deben haber acordado que el cumplimiento de la obligación podrá ser exigido en

³⁷ En el Derecho comparado la tendencia sigue por esta misma línea, sobre todo por la evidente influencia que en esta materia, al igual que en tantas, ha tenido el *Code*, que establece la regla de no presunción de solidaridad en el artículo 1202 (“*La solidarité no se présume point; il faut qu’elle soit expressement stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas ou la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d’une disposition de la loi*”). De manera semejante razonan los artículos 143 del Código de Obligaciones suizo y 513 del Código civil de Portugal. La tendencia se rompe con dos importantísimos cuerpos legales de la Europa continental. En Alemania, el parágrafo 420 del BGB señala que si la prestación es divisible, en casos dudosos cada deudor sólo está obligado a una parte igual y cada acreedor sólo tiene derecho a una misma parte de aquella. Sin embargo, como bien señala Jorge CAFFARENA LAPORTA (“La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, en *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho civil en Murcia*, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 23 y ss.), las excepciones contempladas a esta regla son tan numerosas y de tal alcance que la doctrina alemana en forma unánime considera que la verdadera regla es la solidaridad pasiva. Por su parte, el Código civil italiano de 1942 establece la solidaridad como regla general en las hipótesis de obligaciones con pluralidad de sujetos en su artículo 1294 de acuerdo al cual, “los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa”.

forma íntegra por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores³⁸. Por lo tanto, la solidaridad activa (pluralidad de acreedores), pasiva (pluralidad de deudores) o mixta (varios acreedores y varios deudores) no puede ser presumida, sino que ella ha de ser establecida por las partes, siendo entonces la mancomunidad la regla general en materia de obligaciones y la solidaridad la excepción³⁹. Entonces, el principio rector en esta materia es la no presunción de la solidaridad⁴⁰.

La idea de que la solidaridad no puede ser presumida y que la regla general en cuanto al cumplimiento de una obligación es la mancomunidad, proviene desde el Derecho romano, donde, en caso de existir obligaciones que presentasen pluralidad de acreedores y deudores, procedía la división de la misma entre todos ellos, fuesen acreedores o deudores (*concursum partes fiunt*). Por lo tanto, al igual que ocurre en nuestros tiempos, la solidaridad era una excepción que solamente podía tener lugar cuando las partes manifestasen su voluntad en ese

³⁸ Sin perjuicio de aquellos casos en que sea la propia ley la que imponga un régimen de solidaridad. En el Código civil español son claros ejemplos de esta clase el art. 1.748, referente a la solidaridad de los varios mandante frente a un único mandatario; el art. 1.748, sobre varios comodatarios; y los artículos 127 y 148, en el Código de comercio, respecto de consorcios en una sociedad regular colectiva.

³⁹ Es claro que nada nuevo he dicho con esta afirmación, puesto que la doctrina reconoce este principio sin dudas ni vacilaciones a través de textos ya clásicos, o en nuevas aportaciones de datos recientes: ALBADALEJO, Manuel, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *Anuario de Derecho civil*, 1963, págs. 345 y ss.; LEÓN ALONSO, José Ricardo, *La categoría de la obligación in sólido*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, págs. 13 y ss.; SANCHO REBULLIDA, Francisco, “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho Civil*, volumen I, Pamplona, 1978, págs. 163 y ss.; SOTO NIETO, Francisco, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 35 y ss.; CRISTÓBAL MONTÉS, Angel, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revisa Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 569, 1985, págs. 1202 y ss.; JORDANO BAREA, Juan, “Las obligaciones solidarias”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, 1992, págs. 849 y ss.; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Cívitas, 1993, págs. 170 y 171; EGUSQUIZA BALMACEDA, María Angeles, “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, 1994, pág. LXVII y ss.; DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Marcial Pons, 1997, págs. 9 y 10; DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 227 a 232; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, 2001, págs. 401 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, págs. 32 y ss.; y MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 101 y ss.

⁴⁰ Si bien esta expresión es la comúnmente utilizada, CRISTÓBAL MONTÉS la rechaza por no ajustarse a la voluntad legal, que en realidad lo que pretende es consagrar una presunción de mancomunidad. Afirma además que no es posible definir una figura legal a través de la descripción inversa de ella, puesto que provoca interpretaciones erradas (“Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada ...”, *op. cit.*, págs. 1202 a 1203).

sentido. Como señala DE CUEVILLAS, “la opinión más generalizada señala a la *stipulatio*, en el Derecho romano clásico, la fuente principal de la solidaridad, que se celebraba de una manera especial, por lo que la esencia de la solidaridad estaba en el requisito formal de la *unitas actus*. Posteriormente, en los Derechos post-clásico y justiniano, la base se encontraba en el ánimo de los contratantes, por lo que cualquier contrato podía servir para producir la solidaridad, especialmente aquellos de los que nacían *actiones bonae fidei*. De igual forma, el testamento podía ser fuente de obligaciones solidarias, como así también, las obligaciones derivadas de delito con pluralidad de autores...”⁴¹. Eso sí, autores como LEÓN ALONSO creen que, a pesar de que la solidaridad no se presumía, su campo de aplicación no era en ningún caso reducido y que en Roma su importancia era similar a la de la obligación mancomunada⁴².

De esta forma, el principio por el cual la solidaridad no debe presumirse fue incorporado al Código civil vigente en nuestros días, después de haber sido incluido ya en textos previos como la Novísima Recopilación y el Proyecto de Código Civil de 1851⁴³. Sin embargo, esta idea ha sufrido desde hace mucho tiempo una revisión que busca disminuir el predominio de la mancomunidad y reducir los efectos de la no presunción de solidaridad, principio que, según apunta JORDANO BAREA, no obedece a dictados incontestables de índole histórica, económica, de Derecho comparado o de naturaleza de las cosas⁴⁴. Por el contrario, “el desarrollo comercial y la necesidad de garantizar la satisfacción del crédito, en un tráfico comercial donde el endeudamiento y la dificultad del cobro son la tónica general, constituyen el elemento revulsivo y detonante del cambio radical de planteamientos sobre la materia. La crítica del sistema de presunciones establecido en el Código Civil, así como las ventajas procesales y económicas que la solidaridad proporciona a los acreedores, desembocó en una propuesta de atemperar –por vía de interpretación- el principio de mancomunidad, que fue acogida con gran entusiasmo

⁴¹ DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 225.

⁴² LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación in sólidum*, *op. cit.*, págs. 51 y ss.

⁴³ DE CUEVILLAS hace ver que en el Derecho medieval español la solidaridad no tuvo una regulación especial y que en Las Partidas se le reguló como regla general en dos casos concretos relativos a la fianza (*op. cit.*, págs. 226 y 227).

⁴⁴ JORDANO BAREA, Juan, “Las obligaciones solidarias”, *op. cit.*, pág. 867.

por la jurisprudencia. La efectividad de estos postulados quedó plasmada en la progresiva limitación conferida al art. 1137 del CC, hasta consolidarse hoy en día una interpretación de las normas del Código Civil que bien puede ser reputada como *contra legem*⁴⁵.

A esta síntesis de la evolución experimentada por el principio de la no presunción de solidaridad en doctrina y jurisprudencia, especialmente en esta última, hay que agregar los dichos de DÍEZ-PICAZO⁴⁶, quien considera que semejante evolución ha significado un verdadero proceso de erosión para tal principio que, por otro lado, puede considerarse excesiva y merecedora de una reforma al Código civil que definitivamente incorpore en éste la solidaridad como regla general⁴⁷.

En este último sentido opina también CAFFARENA, quien afirma que la evolución observada en el criterio del Tribunal Supremo al interpretar los artículos 1137 y 1138 del Código civil se ha traducido, en términos prácticos, en que hoy en día el criterio rector es el contrario al legal, siendo este criterio la presunción de solidaridad y no de mancomunidad, lo que el autor considera un exceso, sobre todo si se toma en cuenta que por la vía de esta interpretación judicial se ha alcanzado una reglamentación que es más rigurosa incluso que la del BGB, que establece como regla normal la solidaridad, y de la mayoría de los códigos próximos al español. Resalta asimismo como esta mutación en la opinión del Supremo ha calado hondo en un punto de suma trascendencia para nuestro tema, cual es la interpretación del artículo 1137 como aplicable en forma exclusiva a obligaciones de carácter contractual, excluyéndose de su ámbito, entre otros supuestos, el cobro de lo indebido y la responsabilidad civil extracontractual, sobre la idea de la protección del acreedor de la obligación por la mayor garantía que significa para éste la solidaridad⁴⁸.

⁴⁵ EGUSQUIZA, “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *op. cit.*, pág. LXIX y ss.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, págs. 173 y 174.

⁴⁷ DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones...*, *op. cit.*, pág. 44.

⁴⁸ CAFFARENA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, págs. 35 y 36. Este último argumento es el que el autor considera realmente decisivo para llegar a la

Ahora bien, a pesar del panorama descrito, CAFFARENA⁴⁹ sostiene que en los últimos años se ha verificado en el ordenamiento español una tendencia a la “dulcificación” del régimen de la solidaridad pasiva, motivada por la necesidad de moderar un sistema que, en su opinión, lleva a consecuencias difícilmente aceptables, sobre todo en hipótesis en que la solidaridad no se origina por el acuerdo de las partes. Las manifestaciones de esta nueva etapa que, según este tratadista, se estaría viviendo en la historia de la solidaridad pasiva, serían especialmente: la derogación del artículo 1252 del Código civil a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, así como también en la disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación⁵⁰; el reconocimiento en algunos fallos del Tribunal Supremo⁵¹ de la idea de que en algunos supuestos la solidaridad nace de la sentencia; la interpretación de este mismo Tribunal del carácter subsidiario de la acción pauliana cuando se ejerce frente a un deudor solidario; y, finalmente, considera dentro de este grupo a la propuesta de cierta doctrina en el sentido de aplicar analógicamente a la relación entre deudores la regla del artículo 1843 del Código civil, que se encuentra en la regulación de la fianza, específicamente en la de los efectos entre el deudor y el fiador.

Los argumentos que proporciona el autor en pro de su tesis, y que acepta en algún momento de su trabajo como debatibles, son extensos y profundos, por lo que desmenuzarlos en este apartado excede la pretensión del mismo, que no es más que introducir sumariamente la situación actual del régimen de la solidaridad en el ordenamiento español. Sin embargo, me parece interesante la opinión de CAFFARENA a favor de lo que el llama la “dulcificación del régimen de

interpretación que hoy impera en el Tribunal Supremo y desecha por inconsistentes otros fundamentos que se suelen invocar como base de la misma, los que serán desarrollados más adelante. A propósito, respecto del argumento de la función de garantía que significa para el acreedor la solidaridad, CAFFARENA piensa que solamente se trata de un argumento de *lege ferenda* que no puede justificar la inaplicación del artículo 1137.

⁴⁹ CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 61 a 68.

⁵⁰ Que reconoce al demandado en virtud de una acción de responsabilidad la facultad de solicitar la notificación de la demanda a los demás intervinientes en el proceso de edificación.

⁵¹ Cita especialmente el autor las SSTs de 3 de noviembre de 1999 (RJ 9043) y 23 de junio de 1993 (RJ 4722).

solidaridad pasiva”, por cuanto abre un nuevo frente que permite revitalizar la discusión acerca de una temática que no parece agotarse⁵².

2.2. LA SOLIDARIDAD EN LOS DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES CAUSADOS POR VARIAS PERSONAS

Conforme a su carácter individualista, heredado del Código de Napoleón y de las fuentes inspiradoras de éste, el Código civil español no contempló en su normativa la posibilidad de daños extracontractuales provocados por varios agentes⁵³. La disposición angular de la regulación de la responsabilidad civil, el artículo 1902, establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Hay una clara circunscripción de la figura a la comisión del daño por un solo agente cuando indica que “el que por acción u omisión causa daño a otro...”. Surge entonces la duda acerca de cómo debe enfrentarse la hipótesis de que un daño sea causado por varios agentes (o por uno de varios, pero desconocido), en cualquiera de las posibles formas que éste asuma, y de si el conjunto de responsables debe asumir su carga en forma mancomunada o de acuerdo a las reglas de la solidaridad. No hay, por lo tanto, una norma similar a la que se reservó en materia contractual⁵⁴ y, si entendemos que la solidaridad sólo nace en virtud de expresa disposición legal o por acuerdo de los involucrados, lo primero sería suponer que ella queda excluida del ámbito extracontractual.

Sin embargo, en la actualidad la mayoría de la doctrina española se inclina por la tesis del régimen de solidaridad aplicable para casos de

⁵² En este sentido, vuelvo a mencionar el trabajo de GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, op. cit.

⁵³ A diferencia de lo que ocurre con gran parte de los más importantes códigos civiles europeos. Ejemplos: el § 840 del BGB (Código civil de Alemania), el artículo 50.1 del *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Código civil de Suiza), el artículo 2055 del *Codice Civile* de Italia, el artículo 497 del Código Civil portugués y el artículo 6:102 del *Burgerlijk Wetboek* (Código civil de Holanda). Del mismo modo, la solidaridad de los causantes de un daño extracontractual está considerada actualmente en el proyecto *Principles of European Tort Law* (Principios del Derecho europeo de responsabilidad civil), del llamado “Grupo de Tillburg”, específicamente en el artículo 9:101.

⁵⁴ Fuera del ámbito del Código civil, el Código de comercio establece la fórmula de la solidaridad en el artículo 827, para casos de daños causados en una situación de abordaje, cuando éste es causado por los dos buques.

pluralidad de agentes responsables de un daño extracontractual⁵⁵, aunque también es dominante la opinión según la cual es posible hacer una distinción: si fuese posible individualizar y separar el comportamiento de cada uno de los múltiples autores estaríamos frente a una hipótesis de concurrencia de causas, caso en el que la responsabilidad debe distribuirse entre todos aquellos que sean responsables de dichas causas y habrá, por lo tanto, mancomunidad. Si, por el contrario, ello no es posible y el evento dañoso obedece a la actividad conjunta de sus agentes, aunque formada por la cooperación de varios comportamientos, esa actividad será la única causa del daño provocado y existirá solidaridad entre los responsables⁵⁶. Los argumentos que más se repiten entre los diversos juristas que apoyan esta opinión son los siguientes:

- Afirman estos autores que los artículos 1137 y 1138, que imponen la solidaridad como una excepción frente a la mancomunidad, solamente tienen aplicación cuando se trata de obligaciones derivadas de una convención, por lo que se hace perfectamente posible la aplicación de la solidaridad a las obligaciones nacidas como consecuencia de un ilícito civil. Se extrae esta conclusión de manera especial del texto final del artículo 1137 y las frases iniciales del artículo 1138.
- A la situación de un daño causado por una pluralidad de agentes es posible aplicar, por analogía, la reglamentación que, en idéntica situación, contempla la

⁵⁵ A modo de ejemplo podemos mencionar: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. I, Barcelona, 1959, págs. 189 y ss.; SANCHO REBULLIDA, “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, *op. cit.*, págs. 169 y ss.; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Tecnos, 2000, págs. 545 y 546; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, *op. cit.*, págs. 421 y ss.; DE COSSÍO, Alfonso, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español”, en *Anuario de Derecho civil*, 1966, págs. 527 y ss.; SOTO NIETO, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo...*, *op. cit.*, págs. 79 y ss.; DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones...*, *op. cit.*, págs. 110 y sgtes; CAFFARENA LAPORTA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, págs. 41 y 42; MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 105 y 106; DE CUEVILLAS MATOZZI, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 245 y ss.; GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *op. cit.*, págs. 410 y 411; PANTALEÓN, Fernando, “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pág. 2001; DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, págs. 846 y 847; ROCA, *Derecho de daños*, *op. cit.*, págs. 174 y 175; JORDANO BAREA, Juan, “Las obligaciones solidarias”, *op. cit.*, pág. 869; VERGÉS VALL-LLOVERA, Montserrat, “Comentario de la STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 4265)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pág. 1240; y GARNICA MARTÍN, Juan, “Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil”, en *Revista de Responsabilidad y Seguro*, 2008, pág. 9 y ss.

⁵⁶ Por todos, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, págs. 651 y 652.

legislación penal. El artículo 116.2 del Código Penal establece la responsabilidad solidaria de todos aquellos que aparezcan involucrados con el carácter de autores, cómplices o encubridores en la comisión de un delito o falta. No se ve razón, sostiene esta posición, para excluir una aplicación analógica como la propuesta cuando se trata de ilícitos del mismo género y fundamento jurídico, a pesar de tener diferente regulación.

- Se invoca la necesidad de una garantía para el acreedor de la indemnización, por razones de equidad, a fin de que el resarcimiento a que tiene derecho no sea una mera ilusión, cuya concreción se vea dificultada por una eventual insolvencia de los deudores o por las dificultades procesales que implicaría demandar a cada uno de ellos por su respectiva cuota, debiendo el afectado acreditar la parte del daño causada por cada uno de los agentes para que ellos sean condenados a la reparación. Por lo mismo, GULLÓN BALLESTEROS propone como medida más justa y equitativa el que se le limite a la víctima la carga de la prueba a la sola demostración del daño ocasionado por la conducta de todos los autores, quedando a cargo del sentenciador el reparto, a efectos de que quien ha pagado por entero pueda después solicitar el reintegro de la parte proporcional de cada uno. “En otras palabras, y por motivos de equidad, considerar, en relación con el perjudicado, que cada uno ha causado todo el daño”⁵⁷.
- Asimismo, se dice que la solidaridad es una consecuencia de la naturaleza de la obligación de resarcimiento, ya que cada uno de los que contribuyeron a la producción del daño es responsable de la totalidad del mismo. A esta conclusión se llega si se interpreta el artículo 1902 del Código civil entendiendo que “cada uno de los que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, es decir, que el texto singular del precepto, aplicado a una pluralidad de sujetos, obliga a responder a cada uno de ellos por todo el daño.

⁵⁷ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, Tecnos, Madrid, 1968, pág. 490.

- También hay que considerar un elemento que hace ver Fernando PANTALEÓN⁵⁸, el cual se refiere a la existencia misma de la intención compartida de realizar la acción. Para este autor “...el acuerdo de voluntades que la coautoría presupone, ya referido a la producción del resultado lesivo, ya a la realización de la actividad imprudente generadora del mismo..., justifica la imputación recíproca del resultado entre los coautores...”⁵⁹.

Ahora bien, el hecho de ser ésta la doctrina mayoritaria en lo que a esta materia concierne no significa que no haya pensamientos divergentes. Al contrario, existen opiniones discrepantes que, aunque a estas alturas quizás puedan ser minoritarias, no por ello provienen de voces poco autorizadas. Destacan entre estas voces que se han opuesto al sistema de solidaridad las de Manuel ALBALADEJO⁶⁰, Ángel CRISTÓBAL MONTÉS⁶¹, Mariano YZQUIERDO TOLSADA⁶² y Jorge CAFFARENA⁶³. El pensamiento de estos autores parte por afirmar que los artículos 1137 y 1138 del Código civil, que establecen la regla de no presunción de solidaridad, son de aplicación general a toda clase de obligaciones, incluyendo aquellas que nacen de un hecho ilícito civil, por lo que a éstas también se les debe considerar como parte del imperio de la regla de la mancomunidad.

También rechazan estos autores la posibilidad de aplicar normas del Código Penal de acuerdo al criterio de la analogía, por considerar que ese razonamiento implica pasar a llevar la teoría de las fuentes consagrada en el

⁵⁸ PANTALEÓN, “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 1983 y 1984.

⁵⁹ DÍAZ DE LEZCANO hace ver a favor de esta postura doctrinaria, que el legislador ha ido optando de manera cada vez más frecuente por la solución de la solidaridad en diversos cuerpos legales, lo que demostraría una preferencia decidida por esta solución (*op. cit.*, pág. 118). Para complementar esta opinión, más adelante se hará una enumeración de los principales textos legales que poseen esta característica.

⁶⁰ ALBALADEJO, Manuel, “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *op. cit.*, págs. 345 y ss.

⁶¹ CRISTOBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *op. cit.*, “Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito”, en *Estudios de Derecho de obligaciones*, Zaragoza, 1985, págs. 176 y ss. y “La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y la doctrina españolas”, en *Revista de Derecho notarial*, julio-diciembre de 1985.

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 402 y ss.

⁶³ CAFFARENA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, págs. 32 y ss.

artículo 1.4 del Código civil, por cuanto es incorrecto utilizar un principio general del derecho, como lo es la analogía *juris*, cuando existe una disposición legal que ya regula una materia, como lo hace en este caso el artículo 1137. Por otra parte, han argumentado que la condena a la solidaridad en los ilícitos civiles provenientes de delito se justifica porque, al ser ese su origen, sus autores deben ser tratados más rigurosamente y protegerse al máximo los derechos de la víctima, lo que puede lograrse a través de la solidaridad.

Por otra parte, ALBALADEJO invoca a favor de su tesis el principio interpretativo *odiosa sunt restringenda*, en virtud del cual todas aquellas normas que impongan algún tipo de sanción deben tener una aplicación restringida o que de algún modo favorezca a quien se encuentra obligado. Por ello, la solidaridad, al ser una forma más gravosa de sancionar a los autores del daño, debería ser aplicada en la menor cantidad de ocasiones posibles.

Tampoco parece convencer a este prestigioso jurista la idea de proteger a la víctima a través de la solidaridad, al ser ésta una forma de garantizar la satisfacción de su pretensión indemnizatoria, por considerarla innecesaria. Sostiene ALBALADEJO que el riesgo de insolvencia de parte de los obligados, o de cualquier otra circunstancia que entorpezca el pago de la indemnización por parte de éstos, es un riesgo común al cumplimiento de todo tipo de obligaciones y que no existen motivos especiales para aplicar a este caso una mayor garantía de cumplimiento. Añade que “así como el hecho de que sean varios los causantes no aumenta el daño total, tampoco tiene por qué aumentar la garantía del dañado, que ha de fijarse habida cuenta del daño y no del número de los que lo causaron, aparte de que la insolvencia de uno de los codeudores es una hipótesis y un peligro para el acreedor similares a la situación que se produce cuando, siendo único el autor del daño, resulta parcialmente insolvente”⁶⁴. Finalmente, y a pesar del convencimiento que emana de su postura, ALBALADEJO reconoce que la solidaridad es un mecanismo útil para el dañado, quien no necesitaría bajo el régimen solidario acreditar directamente la cuota de daño que corresponda cada uno de los coautores.

⁶⁴ ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 368 y 369.

Siguiendo con el análisis, digamos también que existen autores que han formulado ideas que revisten cierto eclecticismo en sus contenidos. Por ejemplo, DE CUEVILLAS, quien, al igual que los recién mencionados, defiende la aplicación de las reglas de la solidaridad, pero partiendo de otra premisa: él no cree que los artículos 1137 y 1138 sean aplicables exclusivamente a las obligaciones de origen contractual, sino que su campo de extensión abarca a todo tipo de obligaciones, puesto que se trata de dos artículos que forman parte de la teoría general de la obligación, por lo que no encuentra sentido a la opinión que excluye de su aplicación a las obligaciones de origen extracontractual. Pero al mismo tiempo dice que “...nuestro artículo 1902 implica un deber de reparar a cada uno de los individuos que han cooperado en el evento dañoso, ya que el resultado, en toda su extensión es achacable a cada partícipe. Por ello, en los casos de íntegra imputabilidad del daño a cada uno de los autores del ilícito, la obligación es solidaria, no por inaplicación de los arts. 1137 y 1138, sino por aplicación de la excepción en ellos respetada; no porque tales preceptos no sean aplicables a las obligaciones nacidas del acto ilícito, sino porque cabe considerar que, en tal supuesto, el artículo 1902 determina expresamente que cada uno de los deudores debe prestar íntegramente la reparación del daño causado, constituyendo la obligación con el carácter de solidario”⁶⁵.

Por otra parte, en un trabajo de reciente realización, GÓMEZ LIGÜERRE, en vez de sumergirse en la vieja discusión acerca de la procedencia o improcedencia de la solidaridad fuera del pacto de las partes o la disposición legal, temas que en todo caso no elude, prefiere advertir las consecuencias nocivas de esta solución, reflejadas especialmente en la lesión de la finalidad de prevención que significa la preferencia de las víctimas por reclamar la indemnización a aquel de los condenados de mayor solvencia económica⁶⁶. Al mismo tiempo, manifiesta su predilección por las herramientas utilizadas en los Estados Unidos de América, contenidas en el *Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability*, del año 2000, específicamente la fórmula llamada “solidaridad corregida” (*joint and*

⁶⁵ DE CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 247 y 248.

⁶⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op. cit.*, págs. 34 y 191 y ss.

several liability with reallocation), consistente en la redistribución de la cuota de uno de los deudores que sea insolvente entre los demás corresponsables y la víctima, según el grado de culpa de cada uno⁶⁷. En fin, sugiere limitar la aplicación de la solidaridad solamente a ciertas formas de daño causado por varios individuos (daños al medio ambiente y daños causados por el integrante indeterminado de un grupo, por ejemplo), utilizando como criterio de imputación objetiva para tal efecto el criterio de la prohibición de regreso⁶⁸.

Finalmente, digamos que para salvar una discusión como la que ha surgido en España entre quienes apoyan la mancomunidad o la solidaridad como forma de responsabilidad para los causantes plurales de un daño, la doctrina francesa ha ideado la conocida figura de las obligaciones *in solidum*, que LEÓN ALONSO ha definido diciendo que “cada vez que varias personas vengán obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que, por tal razón, la deuda pueda ser considerada unitaria o única, nos hallamos ante una obligación de las llamadas *in solidum*, que proporcionará al afectado acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total de su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés solo será una vez exigible”⁶⁹. Como afirma LACRUZ, la diferencia entre esta construcción y la solidaridad se encuentra en que “la deuda se contrae completa por cada uno de los obligados, si bien el pago por uno extingue la obligación de los otros”⁷⁰, en tanto que en la segunda cada deudor debe la misma prestación. Y siguiendo ideas de CRISTÓBAL MONTES podemos agregar que obligación *in solidum* es obligación para cada uno de los deudores de pagar el todo, pero sin que se produzcan los efectos secundarios de la solidaridad (representación, remisión, cosa juzgada, etc.)⁷¹. Se trata de una creación de la doctrina, acogida por la jurisprudencia francesa, que tiene por objetivo evitar la presunción de mancomunidad y condenar a todos los autores de un ilícito civil al pago de la indemnización en forma solidaria, por cuanto cada uno responderá por el total, pero sin que se produzcan los demás efectos propios de la solidaridad, ya que ésta

⁶⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, pág. 138 y ss.

⁶⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, pág. 303 y ss.

⁶⁹ LEÓN ALONSO, *op. cit.*, pág. 208.

⁷⁰ LACRUZ, *op. cit.*, pág. 495.

⁷¹ CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales...”, *op. cit.*, pág. 1226.

requiere texto expreso de la ley, cosa que no sucede en Francia para los ilícitos extracontractuales.

Esta idea surgida en Francia ha tenido acogida a nivel doctrinal en España a través de autores como Alfonso de COSSÍO, para quien esta clase de obligación es una forma de corresponsabilidad, que en principio no implica un vínculo personal entre las distintas personas concurrentes en una obligación por títulos diferentes⁷². Pero es especialmente partidario de esta fórmula LEÓN ALONSO, para quien “...la fuerza intrínseca que la finalidad y la naturaleza de la prestación comunica a la obligación *in solidum*, nos pone en situación de poder afirmar que nunca ninguna obligación, quizás con la sola excepción de las indivisibles, nació con mejor adecuación ni mayor identificación funcional con su objeto que estas *in solidum*”⁷³. Ya en temas concretos, LLAMAS POMBO⁷⁴, por ejemplo, y a propósito de la responsabilidad civil médica, es partidario de aplicar la responsabilidad *in solidum* a aquellos casos en que un hecho dañoso es consecuencia de la actividad de un grupo o equipo médico, en la medida que no sea posible deslindar la responsabilidad que le quepa a cada uno de sus integrantes.

Sin embargo, y a pesar de sus ventajas funcionales, esta idea no ha cuajado totalmente en la doctrina nacional ni ha sido aceptada por la jurisprudencia española sino en casos puntuales, en los que la mención de la obligación *in solidum* parece responder más que nada a criterios meramente terminológicos⁷⁵. CRISTÓBAL MONTES ha escrito acerca de ella que se trata de

⁷² COSSÍO, “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español”, *op. cit.*, págs. 527 y ss.

⁷³ LEÓN ALONSO, *op. cit.*, pág. 208. Para este autor, las grandes ventajas de esta categoría son dos: el grupo de responsables serán tenidos respecto del ofendido cada uno como autor en forma íntegra, sin adquirir por ello el carácter de deudores solidarios, pudiendo aquel que cargue con el pago dirigirse contra los demás por sus respectivas cuotas; y, en segundo lugar, esto le permitirá dirigirse contra cualquiera de ellos por el total, aunque sólo por una vez.

⁷⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Editorial Trivium, 1988, pág. 330.

⁷⁵ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 104. A modo de ejemplo, la STS de 8 de febrero de 1994 (RJ 834), reproducida por la STS de 7 de marzo de 2002 (RJ 4151): «no obsta a la solidaridad que haya o no igualdad de posición entre los deudores respecto del acto ilícito al que han contribuido varios cooperando física o moralmente ...; la conexión de varias obligaciones que pueden derivar en casos de daños derivados de acto ilícito (en esta obligación “*in solidum*” no debe cada deudor la “misma” prestación que su coobligado, como ocurre en la obligación solidaria, sino una prestación

“...un gran artificio, ya que la nueva figura, ni histórica, ni legal, ni dogmáticamente resiste un análisis riguroso, ..., en definitiva, se trata de excluir la apreciación de una regla jurídica clara y terminante sin tener el valor de enfrentarla directamente, sino mediante el empleo de subterfugios y mecanismos de dudosa legitimidad.”⁷⁶. Al respecto JORDANO BAREA nos comenta que “...entre la obligación *in solidum* y las obligaciones solidarias no hay en realidad ninguna diferencia específica, ni por su estructura, ni por su mecánica; sólo existe un mero cambio de *nomem*, acaso para escapar habilidosamente a la limitación que supone la vigencia del principio de no presunción de la solidaridad”⁷⁷. También dice este autor que la jurisprudencia ha admitido de manera reiterada la solidaridad de los obligados a responder por acto ilícito común, de lo que hablaremos a continuación, por lo que esta nueva categoría obligacional carecería de toda justificación, por lo menos en lo que al Derecho español se refiere⁷⁸.

2.3. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La paulatina aceptación por parte de la doctrina española de la solidaridad como fórmula de responsabilidad de los varios agentes productores de un daño, desplazando a la solución original de la mancomunidad, también se ha observado en la jurisprudencia, incluso con mayor anticipación que en el caso de los autores y científicos. De hecho, DE ÁNGEL, en su *Tratado de la responsabilidad*

“idéntica”) no es necesaria se funde en identidad de causa...; pero sí exige la causación común del daño, entendiendo por causación no sólo la cooperación material, sino también la situación fáctica o jurídica que conduce a la unidad de responsabilidad...; y en nuestra jurisprudencia se mantiene la solidaridad aún tratándose de actos independientes de los deudores que provocan el daño, y se impone aquélla cuando se deduce de la naturaleza de la obligación siempre que cada deudor esté individualmente sujeto al cumplimiento íntegro de la obligación». Fallos recientes en este sentido son las SSTs de 14 de julio de 2003 (4955/2003), 15 de junio de 2005 (447/2005) y 2 de enero de 2007 (1340/2007). También cabe decir que esta expresión se ha asimilado a la de “solidaridad impropia”, que ha sido frecuentemente empleada por la jurisprudencia como sinónimo de obligación *in solidum*. La verdad es que la asimilación no parece correcta, por tratarse de figuras distintas, como se ha dicho. De hecho, la denominación “solidaridad impropia” ha tenido mayor recepción en las sentencias de los tribunales que en la doctrina (así, por ejemplo, la reciente STS de 13 de marzo de 2007 (277/2007), que no suele acudir mucho a su uso (ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, www.asociacionabogadosrcs.org, 2006, págs. 3 a 5).

⁷⁶ CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales...”, *op. cit.*, pág. 1227.

⁷⁷ JORDANO BAREA, “Las obligaciones solidarias”, *op. cit.*, pág. 865.

⁷⁸ En el mismo sentido, DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad...*, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

*civil*⁷⁹, nos hace ver que la primera sentencia que adopta en esta materia el criterio de la solidaridad es aquella pronunciada por el Tribunal Supremo con fecha 23 de diciembre de 1903. Esta resolución, si bien no trataba un caso de responsabilidad civil, sino que se pronunció a propósito de un cuasicontrato, el pago de lo indebido, tiene el mérito de ser la primera que cuestiona la idea de que los artículos 1137 y 1138 son aplicables a todo tipo de obligaciones, descartando la posibilidad de que ellos abarquen a obligaciones cuasicontractuales.

Con el transcurso del tiempo y la evolución en los criterios de los sentenciadores, se ha llegado a la unificación del pensamiento jurisprudencial en torno a la solidaridad como forma de responsabilidad de la pluralidad de autores, solidaridad que con frecuencia se denomina en las sentencias como “impropia”, para diferenciarla de la establecida o autorizada por la ley. DE CUEVILLAS⁸⁰ sintetiza de la siguiente manera los motivos que han llevado a esta conclusión al Tribunal Supremo:

- El primer fundamento de este paso desde la mancomunidad a la solidaridad se encuentra “en la finalidad perseguida, es decir, en una causación común del evento producido, entendiendo aquélla no sólo como una cooperación material, sino también fáctica o jurídica que lleva a la unidad de responsabilidad”. De acuerdo a este criterio, la solidaridad existe no porque ella se haya manifestado expresamente, sino por la naturaleza del objetivo perseguido por la pluralidad de agentes, la que dimana de su actuar conjunto y de la finalidad perseguida por los mismos. EGUSQUIZA comenta que, de acuerdo a lo anterior, la determinación de la solidaridad se objetiva, pasando a depender del fin obligacional más que del querer expreso de los obligados⁸¹.
- Otro argumento apreciado por este autor, relacionado con el anterior, es la mayor o menor susceptibilidad de individualizar las conductas responsables de los autores. Así, cuando esa individualización no es posible, cabe aplicar la

⁷⁹ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 848.

⁸⁰ DE CUEVILLAS, *op. cit.*, págs. 262 a 270.

⁸¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, pág. LXIX.

responsabilidad solidaria. También DÍAZ DE LEZCANO observa que este es uno de los fundamentos más recurridos por el Tribunal Supremo para establecer la solidaridad en el acto ilícito civil⁸².

- Agrega este autor que el Tribunal Supremo ha condenado solidariamente al autor de un daño y a todos aquellos que tienen una responsabilidad o deber *in eligendo* o *in vigilando* respecto de él, por existir una acción dañosa plural o colectiva entre el agente y aquel o aquellos que tienen esa carga. Similar decisión ha adoptado el Supremo en casos de responsabilidad derivada de la vulneración del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. DE CUEVILLAS afirma que se trata de casos en que se busca garantizar el pago de la indemnización, en el primer caso, por la solidez de recursos económicos que normalmente se observa en el obligado *in vigilando* o *in eligendo* y, en el segundo, por existir una responsabilidad conjunta entre quien difunde aspectos íntimos de un individuo y los medios de comunicación encargados de ello.
- Para terminar con su reseña, DE CUEVILLAS nos dice que la tendencia que se observa en el Tribunal Supremo a favor de la solidaridad no es más que la consecuencia de la aplicación del texto del artículo 1902 del Código Civil, de acuerdo al cual “todo el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado, por lo que, cuando los causantes y culpables sean varios, sobre cada uno de ellos pesará la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño, sin perjuicio de que, en la relación interna entre los mismos, la deuda se presuma dividida en tantas partes iguales como deudores haya, salvo que del texto de la obligación resulte otra cosa, conforme preceptúa el artículo 1138”⁸³.

⁸² DÍAZ DE LEZCANO, *op. cit.*, pág. 129. A modo de ejemplo reseña una sentencia de fecha 26 de noviembre de 1993. El actor, debido a un accidente laboral sufrido por él mientras se encontraba trabajando en una obra, reclamó una indemnización por los daños corporales que le causó ese accidente, para lo cual demandó al arquitecto director de la obra, al jefe de la obra y al encargado de la misma, excluyendo al aparejador interviniente, a la empresa contratista y al propietario de la obra. A pesar de ello, el Tribunal Supremo decidió condenar a todos aquellos que intervinieron en la obra, y de manera solidaria, por ser la alternativa procedente cuando no es posible deslindar la responsabilidad individual de cada uno de los que participan en ella, ya sea como empresarios, promotores, constructores o técnicos.

⁸³ SANTOS BRIZ, “Nota a la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 20 de mayo de 1968”, *Derecho de Circulación*, julio-agosto, 1970, pág. 350.

- No puedo dejar de advertir, ya al margen de los comentarios hechos por los autores citados, que se observa en forma cada vez más frecuente en la sentencias del Tribunal Supremo el reconocimiento de la solidaridad como un mecanismo de defensa de los derechos de la víctima. Así, en reiteradas ocasiones ha señalado el Alto Tribunal que esta forma de entender la solidaridad “*responde a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual...*”⁸⁴. Esta tendencia no hace sino ratificar la tesis de autores recientemente dedicados al estudio de esta materia, como GÓMEZ LIGÜERRE, quien ha insistido en señalar que el principal motivo, aunque no el único, para recurrir a la solidaridad en el ordenamiento español es garantizar el pago de la indemnización a la víctima⁸⁵. Asimismo, concuerda con lo que he señalado en el Capítulo Primero de este trabajo acerca de la solidaridad como mecanismo de socialización de los daños y la responsabilidad colectiva⁸⁶.

2.4. LEYES ESPECIALES QUE ESTABLECEN LA REGLA DE LA SOLIDARIDAD

Como ya señalamos, el Código civil español no contempla una regla general sobre la forma de responsabilidad que afecta a la colectividad de responsables de un evento dañoso, lo que ha hecho que la doctrina de forma mayoritaria, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, apoyen la aplicación de la regla de solidaridad a los casos de daños con autor plural. Sin perjuicio de ello, existe abundante legislación relativa a situaciones especialmente reguladas donde se recoge el mismo principio que la doctrina científica y la opinión

⁸⁴ STS de 2 de enero de 2007 (1340/2007). En el mismo sentido, entre muchas otras, las SSTS de 17 de marzo de 2006 (RJ 5637), 18 de abril de 2006 (2627/2006), 31 de mayo de 2006 (RJ 4558), 7 de septiembre de 2006 (5852/2006), 28 de octubre de 2005 (RJ 7352), 15 de junio de 2005 (3914/2005), 18 de mayo de 2005 (RJ 5718), 24 de mayo de 2004 (3534/2004), 29 de mayo de 2003 (RJ 3913) y 16 de abril de 2003 (RJ 3718).

⁸⁵ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 155 y ss.

⁸⁶ *Vid. supra*, Capítulo Primero: 1 (La desindividualización del Derecho de daños y sus consecuencias).

jurisprudencial atribuyen a casos que se ubican bajo el ámbito del Código civil. De esa frondosa legislación podemos resaltar los siguientes ejemplos:

- El Código de Comercio, en su artículo 827, regula la situación del abordaje imputable a dos buques. La regla es que si un buque aborda a otro por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquier individuo de la dotación, el naviero del buque abordador debe indemnizar los daños y perjuicios acaecidos; pero en caso que ese abordaje sea imputable a ambos buques, cada uno de ellos soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en su carga.
- El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece en su artículo 132, que cuando sean varios los sujetos que deban responder por el mismo daño causado por un producto defectuoso, todos ellos lo harán solidariamente.
- La Ley de Navegación Aérea de 1960, artículo 123, ordena que en caso de colisión de aeronaves los empresarios de las involucradas serán solidariamente responsables de los daños que se ocasionen a un tercero.
- También encontramos el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que establece un sistema de responsabilidad solidaria cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente establecida la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido. Se trata de una regla de excepción al artículo 17.2 de la misma Ley, que impone una responsabilidad civil personal e individualizada por los daños causados.
- El artículo 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, contempla una regla de solidaridad para los casos en que, existiendo varios causantes del daño, no se puedan determinar los respectivos porcentajes de responsabilidad.

- Otro texto legal digno de mención es la Ley de Energía Nuclear de 1964, la que, en su artículo 52, establece la obligación de todos aquellos explotadores que sean responsables de un daño de responder solidariamente por los perjuicios ocasionados.
- Finalmente está el caso de la Ley de Caza de 1970, la cual, en su artículo 33.5 señala expresamente que “todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”⁸⁷.

Ahora bien, una enumeración como la que se acaba de hacer, casi innecesaria por conocida, tiene como intención demostrar de qué forma el régimen de solidaridad se ha ido generalizando, al punto de abarcar un ámbito tan amplio de zonas del ordenamiento jurídico y, específicamente, del Derecho de daños, que no es descabellado afirmar que este sistema está en vías de transformarse a paso seguro en la regla general dentro de las soluciones a las reclamaciones por daños causados por una pluralidad de agentes⁸⁸. De este modo, tampoco es aventurado suponer que esta transformación significará, entre otras consecuencias, una cada vez mayor aceptación de la responsabilidad colectiva, entendida como una manifestación particular de esta regla universal que, aparentemente, terminará siendo la solidaridad en materia de responsabilidad extracontractual.

3. LOS EFECTOS DEL DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO INDETERMINADO DE UN GRUPO EN ESPAÑA

Previo al análisis en detalle de los efectos del daño causado por un miembro indeterminado de cierto grupo, es conveniente hacer una precisión al

⁸⁷ Varios de estos casos, y otros no mencionados, se estudiarán a propósito de la regulación de situaciones especiales de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo que pueden encontrarse en el ordenamiento civil español.

⁸⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 153.

respecto, mencionada aisladamente en apartados anteriores. Las recientes páginas de este trabajo han versado acerca de las diversas modalidades de intervención de una pluralidad de individuos en la producción de un daño, así como las consecuencias asociadas a ese comportamiento colectivo, que consisten básicamente en la responsabilidad solidaria de todos esos sujetos. Sin embargo, la verdad es que el daño que motiva este trabajo no ha sido cometido por varias personas, sino que su autor material es un integrante del grupo, una única persona, cuya identidad no ha podido ser dilucidada⁸⁹. Con esta distinción en mano cabe preguntarse si es técnicamente adecuado considerarlo como una forma de intervención plural en la creación de un daño y si es adecuado aplicar la solidaridad en caso que ello sea posible.

La consideración de la causalidad alternativa como una forma de intervención dañosa plural se encuentra relacionada directamente con el fundamento jurídico que respalda a la responsabilidad colectiva como solución a la hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo⁹⁰. El gran problema que enfrenta esta fórmula es que no existe forma de probar una relación causal entre el daño y su autor material, que sin lugar a dudas integra cierto conjunto de individuos. Pues bien, y argumentaré más adelante en este sentido, la forma de salvar este inconveniente es a través de una presunción de causalidad entre el perjuicio y la acción de cada uno de los componentes del grupo. Así, si bien es cierto que sólo uno de ellos lo causó, el anonimato de ese autor efectivo nos lleva a trazar una línea causal entre el daño y cada uno de los demás miembros del colectivo como responsables del daño, en virtud de la actividad realizada conjuntamente.

Por lo mismo, la presunción de causalidad, y consiguientemente de autoría, opera como si hubiese existido una intervención plural en la producción

⁸⁹ En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pág. 420, y MARTÍN CASALS y RUDA, “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *op. cit.*, pág. 843

⁹⁰ Ya he tenido la oportunidad de manifestar que, desde mi punto de vista, los conceptos de causalidad alternativa, daño causado por miembro indeterminado de un grupo y responsabilidad colectiva, son tres formas de abordar un mismo problema, desde una diversa perspectiva.

del daño, aún cuando ella sólo se ha dado, en realidad, en el comportamiento previo al actuar dañoso individual.

Ahora bien, sabiendo que hemos tomado la decisión de responsabilizar a un conjunto de individuos, podemos dilucidar entre mancomunidad o solidaridad como solución. Desde un punto de vista estrictamente teórico está claro que podemos optar por una forma u otra, según cuál sea la tendencia en la materia en el ordenamiento específico en que se pretenda solucionar esta clase de daño. En el ámbito civil español la tendencia, a falta de norma legal expresa y general, lo lógico es que nos ciñamos a la solidaridad, si consideramos que ella es la tendencia mayoritaria en doctrina y jurisprudencia en España. Por lo demás, esta línea coincide plenamente con la fórmula teórica que se propone en esta investigación como respuesta al daño causado por miembro indeterminado de un grupo: la responsabilidad colectiva o responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo.

Sin embargo, me parece importante anotar que la implementación en el Derecho de daños español de la responsabilidad colectiva no obedece solamente a una mera coincidencia de soluciones entre ésta y la solidaridad implementada por autores y tribunales para casos de múltiples autores de un daño. Por el contrario, creo que existen fundamentos jurídicos más profundos que aducir. La verdad es que esta opción encuentra sus antecedentes más sólidos en el propio sistema de leyes especiales que el legislador ha ido dictando y que se han preocupado de supuestos de daños extracontractuales y su atribución en forma solidaria a todos aquellos sujetos que sean responsables de ellos, o bien, a todos aquellos involucrados cuando no es posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos en el resultado final o, directamente, cuando no es posible conocer al autor material del daño. Si se observa con atención esta legislación, que corresponde en gran medida a la enumeración hecha en el epígrafe anterior, veremos que en todos esos textos legales se implementa como solución a la solidaridad respecto de situaciones de incertidumbre en la autoría del hecho. Siendo así, lo adecuado parece ser encontrar la justificación de la responsabilidad colectiva para

casos no regulados expresamente en el propio sistema dentro del cual se encuentra inserta esta clase de daños, y llegar a ella a través de una interpretación de la intención del legislador en situaciones de idéntica fisonomía, que no es otra que considerar a cada uno de los participantes en la actividad dañosa como autor de la totalidad del daño en cuestión. No se trata de aplicar analógicamente todas estas disposiciones a los casos que nos interesan, ya que ello no siempre será posible, sino de entender a la responsabilidad colectiva como parte integrante y coherente de un sistema dotado de una intencionalidad clara y dirigida a no permitir que estas formas de daño queden sin reparación a causa de un problema de prueba de la autoría o del grado de intervención de los agentes involucrados⁹¹.

3.1. SITUACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Ya en 1983, cuando dedicó por primera vez un análisis detenido al tema, Ricardo DE ÁNGEL, en su calidad de primer autor con intenciones de tratar de forma profunda esta materia, recalca que las opiniones doctrinales y las soluciones jurisprudenciales hasta ese momento vertidas en España acerca de los efectos de los hechos ilícitos cometidos por una pluralidad de individuos se habían referido a casos de coautoría o de participación conjunta y no habían tocado el caso del daño producido por el miembro desconocido de un grupo determinado⁹². O que, por lo menos en el caso de la jurisprudencia, los fallos dictados resolvían esa situación aplicando la regla según la cual, al no encontrarse probada la identidad del autor específico del perjuicio, no procedía la condena a ninguno de los integrantes

⁹¹ En este sentido, MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 111 y 112. En sus palabras, “...en el caso del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo existe una clara voluntad del legislador de que la responsabilidad que pese sobre cada uno de los partícipes del daño sea solidaria frente a la víctima del daño. La razón hay que buscarla en la esencia misma de los supuestos que nos ocupan, donde no se sabe en concreto cuál de los agentes dentro de un grupo es el causante material del evento..., es decir, concurriendo varios sujetos la conducta de cada uno tiene entidad suficiente para producir el daño en su integridad, valorada con independencia de la de los demás. Para estos casos el legislador ha pensado que cada uno de los partícipes será responsable de la totalidad del daño frente a la víctima, a la vista de la imprecisión que impedirá probar quién y en qué cuantía causó directamente el daño”. Asimismo, más adelante tendré la oportunidad de exponer la opinión de Díez-PICAZO, quien también considera que este conjunto de disposiciones, más algunas otras de reciente data no consideradas por el sentenciador de 1983, permiten obtener hoy una regla que permita condenar solidariamente a todos los componentes del grupo (*Derecho de daños*, Cívitas, 1999, págs. 166 y 167).

⁹² DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, julio de 1983, pág. 35.

de ese grupo. Asimismo, declaraba que la doctrina conocida tampoco había tratado especialmente este tema, que quedaba opacado por el problema de los efectos de los ilícitos civiles causados por pluralidades de individuos, pero bajo la forma de coautoría⁹³.

Desde la fecha en que este autor realizó tal observación general, hasta nuestros días, se han producido variaciones en algunos ámbitos que vale la pena resaltar. Para ello examinaremos la situación general de la responsabilidad colectiva en nuestros días y veremos hasta qué punto han sido acogidas las ideas que conforman esta forma novedosa de responsabilidad civil.

3.1.1. EL CÓDIGO CIVIL

El punto de partida de este análisis debe ser el Código civil, cuerpo legal que no establece ninguna norma que regule el caso de un daño cometido por varios agentes, como ya hemos dicho anteriormente, y mucho menos tratándose de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. El artículo 1902 parece razonar sobre la base de un hecho cometido por un individuo (por sus expresiones singulares), y a partir de ahí deben aplicarse el conjunto de reglas que conforman el sistema general codificado de la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, a la luz de las disposiciones del Código cabría aplicar respecto de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo todas las reglas generales en materia de responsabilidad civil, fundamentalmente la prueba de una relación de causalidad entre el obrar del agente y el daño, la que corresponde, por aplicación del artículo 1214, a la víctima. Si ésta no puede lograr la identificación del específico autor de su perjuicio, no procede la condena de ninguno

⁹³ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 57. Este autor deja claro que Fernando PANTALEÓN, en su tesis doctoral inédita titulada *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, del año 1981, dirigida en la Universidad Autónoma de Madrid por el profesor Luis DIEZ-PICAZO, trata tangencialmente este tema al referirse a las presunciones de culpabilidad y a la discutible vigencia del principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la responsabilidad civil. Sobre la opinión ahí esbozada por el autor mencionado hablaremos en este mismo apartado. Por otra parte, es de justicia mencionar que el profesor DÍEZ-PICAZO había escrito sobre este tema, aunque no con la acuciosidad observada en DE ÁNGEL, en su ensayo “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, págs. 773 y 774. Asimismo, es justo recordar aquí la alusión que hace al tema el profesor Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN en el “Estudio preliminar” que dedicó a la obra de Adriano DE CUPIS, *El daño*, Bosch, 1975, págs. 24 y 25.

de los miembros del grupo. Todo ello, reitero, bajo el sistema general de responsabilidad civil que establece el Código de 1889.

Interesante es mencionar la postura de Fernando PANTALEÓN sobre este punto en especial. En su “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1983”⁹⁴, PANTALEÓN concuerda en que no es posible encontrar una norma expresa en el Código civil referida al daño en cuestión y además afirma que no existen otras normas del Código civil que pudiesen justificar una eventual condena de todo un grupo por el daño causado por uno de sus miembros. Particularmente hace referencia al caso del artículo 1910, el que textualmente dispone: “El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de las mismas”. Para el autor esta norma es atractiva no por su texto en sí, sino más bien por lo que tal precepto “*no dice en relación con sus antecedentes históricos*. Dicha norma proviene del artículo 1.904 del Proyecto de 1951 que, tras un primer párrafo prácticamente igual al hoy único del artículo 1.910 añadía: ‘Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán en forma mancomunada (hoy:solidaria) todos los cabezas de familia que habitaren el inmueble’. Este segundo párrafo, con importantes precedentes en el Derecho histórico (Digesto 9,3,1,10/9,3,2 y Partida 7, Título XV, Ley 25), ha desaparecido por completo, y ello parece significativo”⁹⁵.

Lo que este prestigioso profesor nos quiere decir con este apunte es que parece evidente que el legislador de 1889 quiso eliminar la fórmula de la condena a todos los jefes de familia en caso de ignorancia de la habitación de dónde proviene el daño y, por lo mismo, no sería su intención que esta posibilidad se aplicase a otros casos similares por extensión analógica.

⁹⁴ PANTALEÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, pág. 416.

⁹⁵ PANTALEÓN, *op. cit.*, pág. 417. También formula esta misma opinión y argumentos en su tesis doctoral ya citada, pág. 90.

Cualquiera que sea su origen o si existe o no la posibilidad de aplicar otros preceptos del Código civil para resolver un daño de esta clase, lo cierto es que este cuerpo legal no comprende una regla general que permita la condena de todos los miembros de un grupo por daños causados por uno de sus integrantes y que no ha sido posible identificar; de este modo, quien sea víctima en una situación de ese tipo, deberá comprobar la identidad del autor del daño y los demás presupuestos de responsabilidad civil. A menos que ese daño se provoque en el ejercicio de una actividad que se encuentre regulada específicamente por una ley especial.

3.1.2. LA LEGISLACIÓN ESPECIAL Y SU EXTENSIÓN POR ANALOGÍA

En materia de legislación especial existen algunos textos legales que ya mencionamos anteriormente y que establecen la condena solidaria por delitos civiles cometidos por una pluralidad de agentes. Además, es posible encontrar ciertas disposiciones en el propio Código civil que se pueden incluir dentro de un catálogo a analizar en este sentido. Respecto del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, podemos mencionar como ejemplo del primer grupo al artículo 33.5 de la Ley de Caza y a la norma del artículo 1910 del Código civil respecto del segundo. Acerca de estos preceptos, y sobre otras potenciales normas reguladoras de responsabilidad colectiva, me extenderé en los dos capítulos finales de este trabajo; no obstante, paso a referirme someramente a continuación sobre el primero de ellos.

De lo dicho hasta el momento puede concluirse que en el ordenamiento jurídico español existen disposiciones que se ocupan de forma directa o indirecta de solucionar hipótesis de daños causados por un miembro indeterminado de un conjunto de individuos y cuyo estudio ocupará buena parte de esta investigación. La duda que surge con relación a estas normativas especiales, sea que pertenezcan al Código civil o sean externas a él, es si de ellas se puede extraer una regla general que permita suplir el silencio que el Código civil mantiene en materia de responsabilidad colectiva. El texto específico al que se hizo alusión más

arriba y que constituye la piedra angular de este pequeño sistema, es la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, por tratarse del único cuerpo legislativo que consagra expresamente la fórmula de la responsabilidad colectiva. El artículo 33.5 de esta Ley señala que “en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”.

Por su parte, el Reglamento de esta ley, de fecha 25 de marzo de 1971 dispone, en su artículo 35.6.b) lo siguiente: “En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño se ha producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño”⁹⁶.

A partir de estos preceptos, y en la búsqueda de su posible aplicación a esta forma de daño en cualquier ámbito que se produzca, Fernando PANTALEÓN⁹⁷ ha rechazado la posibilidad que estas normas puedan ser interpretadas analógicamente y servir de base al establecimiento de un principio de general aplicación a situaciones similares a las que ellas regulan. Ello, porque se trata de disposiciones que tienen un ámbito de aplicación excepcional y restringido a las actividades que están cubiertas por un seguro obligatorio, como lo es la propia actividad cinegética, según se desprende expresamente del artículo 52 de la Ley que regula esta actividad. De modo que si fuera posible extender por analogía la hipótesis de la Ley de Caza a otros supuestos idénticos acaecidos en un campo ajeno al de su regulación, tendría que ser únicamente respecto de actividades cubiertas por un seguro obligatorio y en la medida que se cumpliesen los requisitos que la doctrina, especialmente alemana, ha establecido como necesarios para dar origen a la condena solidaria del grupo. Esto porque la exigencia del seguro obligatorio

⁹⁶ Señalemos que esta normativa se reproduce en alguna legislación autonómica reguladora de la actividad cinegética: artículo 18.2 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de la Rioja; artículo 34.2 de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de Caza de Canarias; artículo 71.4 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón; y el artículo 63.4 de la Ley 12/2006, de 17 de julio, de Caza de Cantabria.

⁹⁷ PANTALEÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pág. 416. También en “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1984.

completa el conjunto de requisitos de la Ley de Caza y se evita de esta manera un conflicto entre la necesidad de protección de la víctima y el derecho de aquellos miembros del grupo que no cometieron el daño a no ser condenados, puesto que el pago de la indemnización lo asume la compañía aseguradora. Aunque le parece mucho más dudoso, sostiene este autor que se podría tolerar una aplicación analógica a casos cubiertos por seguros voluntarios, tomando pie en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y la equiparación que establece entre ambos tipos de seguro respecto al tercero dañado. Fuera de estas hipótesis, no debería admitirse la posibilidad de ampliar por la vía de la analogía el perímetro de actuación que el legislador ha previsto al artículo 33.5 de la Ley de Caza.

Respecto de este parecer de PANTALEÓN, digamos que gran parte de la doctrina que ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto ha coincidido en que el artículo 33.5 de la Ley de Caza no es aplicable por analogía a otros supuestos de hecho⁹⁸ o, lo que es lo mismo, no es posible crear una regla de común aplicación a todos los casos que no están expresamente regulados a partir de ese precepto, precisamente por tratarse de una regla que comprende únicamente una actividad en la que existe un seguro obligatorio involucrado⁹⁹.

De lo recién expuesto aparece en forma evidente la necesidad de determinar las reales posibilidades de extender la regulación del artículo 33.5 de la Ley de Caza por la vía de la analogía, en términos tales que permita justificar la condena en forma solidaria de los miembros de una partida de cazadores, cuando se ha causado un daño por uno de sus integrantes, cuya identidad permanece sin precisar. Una respuesta afirmativa a tal interrogante permitiría dar un sustento legal a tantos supuestos que no tienen una solución expresa en el ordenamiento español, por la ya conocida ausencia de un precepto general en el Código civil que se ocupe

⁹⁸ En sentido contrario a esta tendencia y, por lo tanto, favorable a esta extensión por analogía, CAFFARENA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, pág. 60.

⁹⁹ Por todos, DE ÁNGEL, “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *op. cit.*, pág. 286.

de la cuestión. Esto implica que nos introduzcamos, aunque sea en forma muy discreta, en las ideas básicas que informan el instituto de la analogía¹⁰⁰.

Como se sabe, la analogía o método analógico “consiste...en aplicar a un caso dado..., que no aparece contemplado de una manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza”¹⁰¹. En otras palabras, la analogía es un procedimiento de integración de las llamadas “lagunas de la ley”, esto es, vacíos normativos a causa de los cuales ciertas materias no tienen una reglamentación legal específica, como acontece precisamente con nuestro tema, donde no hay regla de general aplicación a los daños originados en una causalidad alternativa¹⁰². Estas insuficiencias de la ley suelen colmarse mediante el procedimiento analógico.

En doctrina se distinguen dos formas de analogía: analogía *legis* y analogía *juris*¹⁰³. En tanto que la primera se refiere a la aplicación de una norma

¹⁰⁰ Para abordar esta etapa de la investigación, se han consultado especialmente los siguientes textos: BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, pág. 155 y ss.; LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, 1994, pág. 363 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 1999, pág. 277 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, 1987, pág. 139 y ss.; DORAL GARCÍA, José Antonio, “La analogía en el Derecho de obligaciones”, en *Centenario del Código civil*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 719 y ss.; GUASTINI, Riccardo, “Analogía”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, abril de 1994, N° 20, pág. 33 y ss.; SALGUERO SALGUERO, Manuel, “La aplicación analógica como escenario de la creación judicial del derecho”, en *Aranzadi Civil*, 2002, volumen III, tomo XI, pág. 2697 y ss.; y LETE DEL RÍO, José Manuel, “Reflexiones sobre la analogía”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, 2004, pág. 641 y ss.

¹⁰¹ DíEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, *op. cit.*, pág. 277.

¹⁰² El problema de la existencia de las mentadas lagunas ha sido históricamente discutido en la doctrina. Suele decirse que las “lagunas de la ley” constituyen un concepto que parece no inquietar a los autores, puesto que su existencia parece indiscutible. Cosa distinta sucede con las “lagunas normativas” o “lagunas del derecho”, puesto que se plantea que en virtud del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y la coherencia del mismo, coronado por una norma de clausura, toda materia huérfana de una norma propia no sería jurídica (DíEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, *op. cit.*, pág. 278, LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, pág. 643), o bien, porque siempre se pueden implementar técnicas interpretativas que eviten la laguna (GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, pág. 34).

¹⁰³ Se distingue de cualquiera de estas formas de analogía la interpretación extensiva. Ésta, a diferencia de la primera, en cualquiera de sus dos formas, que constituye un verdadero de integración, más que de interpretación, busca reconstruir la voluntad del legislador, de modo de incluir dentro de la regulación legal más supuestos que aquellos que saltan a la vista en una primera y superficial lectura. Como dice DíEZ-PICAZO (*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, *op. cit.*, pág. 280), por la analogía se traslada la norma jurídica aplicada de un marco institucional a otro, mientras que en la

particular a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella, la segunda recurre a los principios generales del derecho para resolver la carencia legal. La distinción entre ambas no es precisa: se dice que la analogía *legis* constituye la aplicación de una norma a otra que reglamenta un supuesto de hecho similar, pero indagando en el principio rector de ambas¹⁰⁴. Su operatoria sería la siguiente: a) X es Z; b) Y es semejante a X, aunque no igual; c) entonces, Y es Z.

Por otra parte, la analogía *juris* constituye un estudio de aquellos principios superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico para su posterior aplicación a las omisiones de la ley¹⁰⁵. Estos principios se extraen normalmente de un conjunto más o menos numeroso de normas especiales, que configuren un sustento suficiente para afirmar la consagración de aquellos en el ordenamiento jurídico vigente. Su fórmula de operación sería esta: a) Si A, B, y C son determinadas normas jurídicas, a partir de las cuales se concluye un principio jurídico, de acuerdo al cual X es Z; b) Y es semejante a X, aunque no igual; c) entonces, Y es Z.

De este modo, por el camino de la analogía se llenan espacios carentes de regulación, con los consiguientes problemas prácticos de aplicación que ello implica, y de paso se acude a una fuente de elaboración del derecho, por la cual se fundamenta la creación jurisprudencial de una norma jurídica nueva¹⁰⁶. En el ordenamiento jurídico español, este sistema está incorporado en el Código civil, artículo 4.1, de acuerdo al cual “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante

interpretación extensiva se mantiene ese marco institucional, pero incluyendo en el supuesto de hecho de la norma más casos que los contemplados en su literalidad. La distinta operativa de uno y otro método, así como la diversa finalidad perseguida, ha hecho sostener a los autores, en forma generalmente coincidente, que la analogía es un método de investigación, y en último término, de creación del derecho, y no de interpretación (Por todos, LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, pág. 650).

¹⁰⁴ En efecto, “el fundamento generalmente aducido para este transplante de normas jurídicas es el de considerar que ambos hechos –el previsto y el no previsto– están incluidos en la misma razón de derecho (*ratio iuris*) y donde hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta, ya que no es sino un derivado de aquella” (LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, pág. 647).

¹⁰⁵ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, pág. 37.

¹⁰⁶ GUASTINI, pág. 34.

entre los que se aprecie identidad de razón”. Como se observa, la fórmula legal consagra una forma específica de método analógico, la analogía *legis*. No obstante, los autores son enfáticos en señalar que la analogía debe tener cabida en los sistemas jurídicos aún en casos en que una norma específica no la contemple, en la medida que no esté prohibida o que sea incompatible con la norma de que se trata¹⁰⁷, por lo que la posibilidad de admitir también la analogía *juris* parece completamente abierta.

Ahora bien, conocidas algunas características definatorias de la analogía, se hace imperativo enfrentar dos problemas cruciales: determinar en qué circunstancias se puede recurrir a ella y, a la inversa, precisar en cuáles casos ese acceso se encuentra limitado o derechamente prohibido. Siguiendo en esta parte a LETE DEL RÍO¹⁰⁸, podemos decir que los requisitos necesarios para encontrarnos frente a un caso de posible aplicación analógica son: en primer término, que falte una disposición precisa de la ley para el caso a resolver, esto es, que la cuestión no esté decidida por una regla de derecho; a continuación, que exista una igualdad jurídica esencial entre el caso por regular y el regulado; finalmente, que no exista una voluntad del legislador contraria al uso de la analogía.

De los elementos mencionados, quisiera hacer una mención respecto al segundo de ellos, porque tiene especial relevancia para el tema de esta investigación, como se verá más adelante. En efecto, la necesidad de una igualdad jurídica entre los casos involucrados no se traduce perentoriamente en una igualdad de hecho, ya que existe consenso en la doctrina que la analogía requiere únicamente una semejanza entre los elementos constitutivos y comunes de ambas hipótesis para ser operativa¹⁰⁹. Demostración de lo que sostengo son las opiniones de varios y autorizados tratadistas al respecto. Así, GUASTINI: “...se suele llamar ‘aplicación analógica a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no* contemplado por

¹⁰⁷ En este sentido, LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, pág. 654, y DORAL GARCÍA, “La analogía en el Derecho de obligaciones”, *op. cit.*, págs. 734 y 735, y BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, *op. cit.*, pág. 156.

¹⁰⁸ LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, págs. 651 a 653.

¹⁰⁹ LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, págs. 652.

ella, pero *semejante* al previsto por la misma”¹¹⁰; DORAL: “Analogía significa semejanza, que supone a la vez conveniencia entre las cosas semejantes, y disparidad o diferencia”¹¹¹; DíEZ-PICAZO: “Las características generales de la utilización del procedimiento analógico, son de esta forma, las siguientes:...hay,..., semejanza o similitud entre el caso y el supuesto de hechos normativo”¹¹²; BETTI: “La interpretación por analogía argumenta o por la disciplina de casos semejantes o de materias análogas..., o por valoraciones normativas contenidas en los principios generales del Derecho”¹¹³; LARENZ: “El que dos hechos sean ‘similares’ entre sí, quiere decir que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros. Si concordaran absolutamente en todos los aspectos que han de entrar en consideración, entonces serían ‘iguales’”¹¹⁴.

De todas las citas de tan autorizados autores, quiero resaltar la última. Para el gran jurista alemán queda claro que la analogía está lejos de exigir igualdad absoluta entre ambos casos, porque ello es virtualmente imposible y porque, como se puede suponer, una situación así eliminaría la necesidad de recurrir a la analogía. En consecuencia, y tal como el mismo LARENZ afirma, los hechos en comparación no deben ser absolutamente iguales o desiguales entre sí, pero tienen que concordar precisamente en aquellos aspectos decisivos para el proceso de valoración jurídica que concluiría, o no, en la aplicación analógica.

Clarificado lo anterior, se llega a un punto de conflicto: cuáles son aquellos aspectos decisivos que deben tomarse en cuenta para aplicar la solución de un caso a otro. Al respecto, LETE DEL RÍO¹¹⁵ dice que todo hecho jurídico presenta ciertos elementos esenciales y característicos, que conforman su *ratio iuris*, más otros elementos de carácter accidental y accesorio. Por lo tanto, al comparar el hecho regulado con aquel que carece de regulación, es necesario distinguir en uno y en otro cuáles son los hechos esenciales y cuáles lo que tienen un papel sólo

¹¹⁰ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, pág. 33.

¹¹¹ DORAL, “La analogía en el Derecho de obligaciones”, *op. cit.*, pág. 733.

¹¹² DíEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, *op. cit.*, págs. 281 y 282.

¹¹³ BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, *op. cit.*, pág. 160.

¹¹⁴ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.*, pág. 374.

¹¹⁵ LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, págs. 652.

contingente, para, finalmente, llegar de este modo a precisar los “aspectos decisivos” a que aludía LARENZ. Esto, porque es perfectamente posible que dos hechos aparentemente distintos, comenta el autor, sean en realidad semejantes en sus aspectos esenciales y, por lo mismo, susceptibles de analogía, y viceversa. Lo lógico, en definitiva, será considerar únicamente los elementos esenciales de las hipótesis para llegar a concluir si existe semejanza o no entre ambas.

Esto último es lo que realmente complica el trabajo analógico. Como bien señala GUASTINI, esta característica hace que la semejanza entre dos supuestos de hecho sea algo completamente opinable, puesto que podría afirmarse en un caso concreto que las hipótesis en cuestión no tienen semejanza alguna, o que la semejanza es irrelevante, lo que hace que la analogía no se encuentre justificada. Por lo mismo, afirma el autor, es necesario argumentar “que el elemento común a los dos supuestos de hecho (lo que los hace semejantes) constituye además ‘la razón suficiente’ por la que al supuesto de hecho disciplinado se le ha atribuido precisamente esa, y no otra, consecuencia jurídica. En otras palabras, la aplicación analógica de una determinada norma presupone la previa identificación de la llamada *ratio* (o *mens*) *legis*, o sea, la identificación de la ‘razón’, del motivo, del fin para que se dispuso la norma”¹¹⁶.

El segundo problema a que hice alusión anteriormente se refiere a las restricciones, limitaciones o prohibiciones a la analogía. Como ya señalé más arriba, la analogía puede estar restringida por ley, caso en el cual habrá que estarse a esa restricción. De todos modos, la doctrina también se ha preocupado de elaborar un breve catálogo de supuestos en los que no debería proceder la analogía: las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras, aquellas que limiten la capacidad de las personas o los derechos subjetivos, y las leyes excepcionales. Al decir de DORAL¹¹⁷, estos tipos de leyes están al margen de la analogía porque carecen de principios de carácter general.

¹¹⁶ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, pág. 36.

¹¹⁷ DORAL, “La analogía en el Derecho de obligaciones”, *op. cit.*, págs. 733.

En el ámbito positivo español, el artículo 4.2 del Código civil recoge estas ideas de la doctrina científica al excluir del procedimiento analógico a las leyes penales, las excepcionales y las temporales, las que sólo se aplicarán a los supuestos y en los momentos expresamente comprendido en ellas.

Corresponde ahora centrar el análisis en la situación de la analogía en el campo de la responsabilidad colectiva; trasladar lo que se ha dicho hasta ahora acerca de este mecanismo de integración de las lagunas legales a la Ley de Caza y los daños causados por un agente indeterminado de un grupo; estudiar la posible aplicación por analogía de la regla del artículo 33.5 de este cuerpo legal a todos aquellos casos de esta forma de daño que no tengan una regulación expresa en la ley, convirtiéndose así en uno de los pilares de un verdadero principio general en la materia.

Para analizar debidamente este punto, empecemos recurriendo al origen del problema. Señalemos que la ya mencionada STS de 8 de febrero de 1983 fue el primer fallo emanado del Tribunal Supremo donde se condenó en forma solidaria a los padres de un par de menores que hirieron en un ojo al hijo del demandante, por no haberse podido precisar cuál de ellos le arrojó la pieza de metal causante de la lesión. El Alto Tribunal, en vista de la carencia de una norma de carácter general en el Código civil a la que recurrir para solucionar el problema y en atención a la evidente injusticia que implicaba dejar a la víctima privada de una, sin duda, justa indemnización, por la sola circunstancia de no haber identificado a su victimario, optó por hacer aplicación analógica de ciertos preceptos del Código civil y de la Ley de Caza, de los que puede, a juicio del tribunal, extraerse un principio similar, favorable a la condena de un grupo de personas involucradas en la causación de un daño, independientemente de la claridad en cuanto a su identidad. Anotemos que la parte pertinente de esta sentencia, en su considerando cuarto, dice: “...*la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores, hijos de los recurrentes, fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo B. no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código Civil (artículos 1.910, 1.564, 1.783, y 1.784) y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (art. 33.5) contemplan*

supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados...”.

Como se puede observar, la aplicación analógica de los preceptos citados, en especial el artículo 33.5 de la Ley de Caza, parece totalmente pertinente: existe un vacío legal manifiesto en lo que dice relación al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y existen normas con un supuesto de hecho similar como núcleo, de las cuales se puede extraer un principio común, aplicable al caso a resolver: los miembros del grupo deben ser condenados a pagar una indemnización en forma solidaria, aunque no se sepa quién fue el autor del daño.

No obstante, esta opinión del Tribunal Supremo ha sido rebatida y criticada por Fernando PANTALEÓN, como ya sabemos, quien ha manifestado su escepticismo ante la opción de hacer uso de la analogía para resolver casos como el de la sentencia¹¹⁸. El fundamento que invoca el destacado profesor para descartar la extensión del artículo 33.5 de la Ley de Caza por analogía, está, en primer lugar, en que la responsabilidad solidaria que impone este precepto está íntimamente ligada a la exigencia de contratación de un seguro por parte de los cazadores con armas, establecida en el artículo 52 de la Ley, que tiene por objeto cubrir las indemnizaciones por daños a las personas. En otras palabras, el autor sostiene que el artículo 33.5 se encuentra limitado en su ámbito de aplicación a daños causados a las personas y en la caza con armas, que son las características de los siniestros que, en definitiva, cubrirá el seguro obligatorio. Así, cree el tratadista, como el pago en estos casos le corresponde a la compañía aseguradora, es muy sensato alterar a favor del dañado la carga de la prueba del nexo causal.

Por otra parte, rechaza también la aplicación por vía de analogía de los artículos del Código civil que menciona la sentencia y al caso que ella resuelve, puesto que en su opinión estos preceptos son aplicables únicamente como figuras de responsabilidad por hecho ajeno, donde es posible encontrar una culpa *in*

¹¹⁸ PANTALEÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, págs. 416 y 417.

vigilando en el sujeto pasivo de esos artículos y la identificación del autor material del daño pasa a ser irrelevante, lo que no es lo que ocurre exactamente en los daños causados por un integrante anónimo de un grupo.

Finalmente, considera PANTALEÓN que la única disposición que se podría aplicar por analogía a esta clase de daños es el artículo 35.1 b) del Reglamento de Caza, por el cual se establece la responsabilidad solidaria de todos los titulares de cotos de caza colindantes en los casos de daños causados por piezas de caza, cuando no se pueda determinar la finca de la que proceden. Sin embargo, prosigue el propio autor, esto también es discutible, porque se trata de un precepto meramente reglamentario, sin sustento en la Ley de Caza, y que no puede prevalecer frente a lo dispuesto en el artículo 1214 del Código civil.

El rechazo a la extensión del precepto de la Ley de Caza mediante la analogía está presente también en los trabajos de DE ÁNGEL¹¹⁹. Para este autor, la sola circunstancia de existir coincidencia entre el supuesto de hecho no regulado y los preceptos de la Ley de Caza y su Reglamento no basta para justificar la analogía. En su parecer, también es necesaria la identidad en sus perfiles jurídicos concretos, especialmente en el caso del texto legal en comento, porque según el tratadista éste constituye una alteración de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual, desde que la responsabilidad que impone al grupo de cazadores es objetiva, lo que transforma a la Ley de Caza en una ley excepcional, destinada a regular una actividad especial. Ello, prosigue, permite entender que el legislador se haya tomado ciertas licencias legislativas que deberían situarse siempre en el ámbito previsto por los creadores de la ley, sobre todo si se considera, además, que las consecuencias de la responsabilidad objetiva se han mitigado a través del mecanismo del seguro obligatorio.

Más recientemente, también Virginia MÚRTULA ha adherido a esta posición, descartando la analogía en esta materia¹²⁰. Su parecer es idéntico al de los dos autores recién citados: la Ley de Caza se creó para una actividad especial, la

¹¹⁹ “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 65 y 66.

¹²⁰ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 225.

cinagética, protegida además, por la exigencia de un seguro obligatorio, de modo tal que no cabe llevarla más allá de esa posibilidad.

A pesar de la autorizada opinión de los tres importantes autores mencionados, voy a intentar desarrollar algunos argumentos contrarios a la exclusión de la aplicación analógica del artículo 33.5 de la Ley de Caza, porque realmente considero que los categóricos juicios reproducidos anteriormente no tienen toda la fuerza necesaria para justificar tal exclusión, o al menos creo que se pueden formular algunas válidas ideas en contrario.

En primer término señalemos que los autores, en general, consideran que la analogía es un procedimiento que requiere aplicación muy cuidadosa y sobre la cual es difícil dar opiniones definitivas. Ya indiqué anteriormente que el análisis comparativo entre un caso no regulado legalmente y el supuesto de hecho de la norma que sí lo hace respecto de una hipótesis parecida, plantea dificultades provenientes de la necesidad de precisar cuáles son los elementos esenciales y accidentales de ambas situaciones, para así efectuar el juego comparativo tomando en consideración los primeros. De modo que, en lo que a la analogía se refiere, siempre es posible observar las cosas desde un ángulo diferente.

Dado lo anterior, me parece que es discutible el rechazo de los autores a la aplicación analógica fundado en el vínculo de la responsabilidad solidaria del artículo 33.5 de la Ley de Caza con el seguro obligatorio exigido para el ejercicio de esta actividad. Creo que se comete un error al elevar esta exigencia al carácter de elemento esencial del precepto. No olvidemos que “en cualquier forma de aplicación analógica, lo que se hace no es tanto extender una disposición particular, cuanto aplicar más bien el principio de cuya existencia sería testimonio la disposición particular”¹²¹. Por lo mismo, si queremos determinar si realmente la exigencia del seguro obligatorio constituye un elemento de la esencia de la figura de responsabilidad colectiva de la Ley de Caza, se impone desentrañar cuál es el principio rector de la misma.

¹²¹ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, págs. 36 y 37.

Desde mi punto de vista, y en consonancia con lo que he manifestado y sostendré a lo largo de esta investigación, la finalidad del artículo 33.5 no es otra que facilitar a la víctima la obtención del resarcimiento, aún cuando no pueda identificar al autor material del daño. Esto es especialmente manifiesto en una actividad como la cingética, la que por la forma y lugares en que se desarrolla es fuente potencial de daños de esta clase, como lo demuestra el nutrido desarrollo del estudio de los daños causados por un miembro indeterminado de una partida de caza en Francia, precisamente a partir de daños de esta naturaleza.

Pero este razonamiento no me es exclusivo. CABALLERO LOZANO sostiene que “la finalidad de la norma es clara: resarcir a la víctima, en detrimento de los partícipes que realmente no fueron los autores materiales del daño. De esta manera todos deben contribuir en la misma proporción a la satisfacción de la víctima, porque todos se beneficiaron de igual modo de una actividad arriesgada como es la caza”¹²². Por su parte, MARTÍNEZ PEREDA dice que esta norma “facilita a los perjudicados el ejercicio de su pretensión de resarcimiento mediante la creación legal del vínculo solidario”¹²³, y la propia MÚRTULA, reacia a la aplicación analógica del precepto, reconoce que “la solidaridad en este caso viene impuesta por el legislador como mecanismo de garantía de la víctima ante el desconocimiento del autor material”¹²⁴. Como se observa, las opiniones son varias en este mismo sentido.

Por lo tanto, si entendemos que el sentido del artículo 33.5 de la Ley de Caza al establecer la responsabilidad colectiva de los integrantes de la partida de caza es proteger a la víctima y auxiliarla en la búsqueda de la indemnización resarcitoria, mi opinión se inclina por considerar que elementos esenciales de la norma son aquellos que persiguen la concreción de esa finalidad, por lo que no me cabe duda que las piezas claves del precepto, en lo que nos interesa, son el daño

¹²² CABALLERO LOZANO, José María, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *La Ley*, número 5102, 2000, págs. 4 y 5.

¹²³ MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, Editorial Tecnos, 1972, pág. 173.

¹²⁴ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 222.

causado por un cazador cuya identidad no se ha determinado y su pertenencia a la partida de cazadores. En otras palabras, un autor no individualizado que pertenece a un grupo que sí lo está. Éstas y no otras son las claves de la responsabilidad solidaria de la Ley de Caza, porque éstos son los elementos que componen una hipótesis de daño tan peculiar como lo es la del daño provocado por el integrante anónimo de un grupo, que es la que la citada Ley pretende enfrentar.

Por otro lado, recordemos que la analogía no consiste en aplicar una norma que regula cierto supuesto de hecho a uno idéntico que no se encuentra regulado por la ley. La analogía consiste en aplicar una norma a un caso semejante a aquél que conforma su núcleo, por lo que lo importante es buscar semejanzas por sobre diferencias. Y en el caso que nos ocupa, las similitudes entre la hipótesis del artículo 33.5 con la figura del daño causado por un miembro indeterminado de un colectivo son tantas que la exigencia de un seguro obligatorio por parte de la Ley de Caza (que perfectamente podría no haber sido impuesta por el legislador) o la necesidad de que los daños se causen a personas y con armas (que dependen de la forma en que se desarrolla la actividad venatoria), parecen accidentales frente a la especial manera en que se produce el daño.

Además, existe otro factor a tomar en cuenta. No debemos olvidar que la responsabilidad colectiva es una forma de solución para una clase de daño caracterizado por un problema de determinación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y el autor material, lo que obliga a recurrir a una presunción de causalidad basada en la pertenencia del posible autor a un grupo. Pues bien, entre la clase de daño previsto por la Ley de Caza y otro caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo cualquiera, no solucionado en la ley, existe identidad en cuanto al problema de indeterminación de la causalidad. Y ese problema no se resuelve por la exigencia de un seguro obligatorio, sino que por la vía de la responsabilidad colectiva, como sucede con el artículo 33.5. De manera que, se exija o no un seguro, el problema causal sólo se solventará mediante la fórmula de la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo, fórmula que debiera ser válida y de común aplicación para todo supuesto similar al de ese

precepto. Esta última idea refuerza mi visión del carácter accesorio y, por lo mismo, secundario, del seguro obligatorio en la estructura del artículo 33.5, en lo que respecta a la responsabilidad colectiva de la partida de caza, porque, reitero, el problema causal no lo resuelve el seguro, sino la responsabilidad de todo el grupo¹²⁵. De hecho, si suprimiéramos mental e hipotéticamente el seguro obligatorio del artículo 33.5, llegaríamos a la conclusión de que entre su supuesto de hecho y uno no regulado por ley alguna, al que se le quisiera aplicar analógicamente, no encontraríamos diferencias sustanciales mayores. Así, considero que debe dársele un papel de menor relevancia a este seguro al momento de dilucidar si debe aplicarse por analogía el artículo en comento a otras hipótesis similares.

Como apoyo a mi argumento, cabe señalar que CAVANILLAS tampoco visualiza que la exigencia del seguro obligatorio, cuya fuente es únicamente la ley y no las sentencias de los tribunales, sea un obstáculo para la aplicación de la analogía (esta idea la postula a propósito de la aplicación analógica de las leyes especiales que establecen sistemas de responsabilidad objetiva, como la Ley de Caza): “En primer lugar, el seguro obligatorio obedece a ciertas razones de política general u orden público económico vinculadas al hecho de encontrarnos ante fenómenos de una considerable dimensión social (por ser los accidentes o muy numerosos o muy gravosos). En segundo lugar, en cuanto el seguro obligatorio protege también los intereses de la víctima, es, desde esta perspectiva, excusable su existencia. Es cierto, por último, que el seguro obligatorio se establece así mismo en beneficio del responsable imprevisor, lo que supone *prima facie* un impedimento para la analogía...,sin embargo, la coincidencia de responsabilidad objetiva y seguro obligatorio es funcional y no esencial; en cierta medida el seguro obligatorio existe

¹²⁵ Este argumento ya fue alegado por YZQUIERDO TOLSADA. Este autor sostuvo, a propósito de la idea de PANTALEÓN de aplicar únicamente por analogía el artículo 33.5 de la Ley de Caza a supuestos cubiertos por un seguro obligatorio, que se trata de una idea “...muy difícil de compartir: si no hay relación causal, ¿cómo puede ser artificialmente inventada para el supuesto en que exista seguro? Tal vez se pueda decir algo así en el terreno del seguro obligatorio, cuya naturaleza como auténtico seguro de responsabilidad civil o como seguro de accidentes es discutida...Pero si se parte de que el seguro obligatorio es, en efecto, un seguro de responsabilidad civil, cosa que nadie duda, habrá que exigir para que el asegurador asuma la obligación de indemnizar se den en el caso los requisitos del instituto y la relación causal entre ellos” (*Sistema de responsabilidad civil..., op. cit.*, pág. 417, nota 129). Este comentario reafirma mi posición, en el sentido de que el seguro de responsabilidad no resuelve el problema causal como sí lo hace la responsabilidad colectiva y por lo tanto, tiene un carácter accesorio para los efectos de la aplicación por analogía del artículo 33. 5.

en favor del responsable, pero no hay que olvidar que se trata de una institución auxiliar, de segundo orden. En tal sentido, obsérvese que las normas de responsabilidad objetiva del Código civil no están acompañadas de un sistema de seguro obligatorio, innecesaria que también encontramos en el Derecho comparado”¹²⁶.

A todo lo dicho recién se podría replicar que la Ley de Caza no es aplicable por analogía al tratarse de una ley excepcional, vetada para estos efectos por el artículo 4.2 del Código civil. Este argumento también me merece dudas. En primer lugar, señalemos, siguiendo en este punto a GUASTINI¹²⁷, que la noción de ley o norma excepcional es controvertida. Así, hay quienes sostienen que son excepcionales aquellas disposiciones que sólo expresan normas “coyunturales” o contingentes, en contraposición a las normas “estructurales”, que determinan las características del sistema jurídico. Otros son de la opinión de que debe considerarse excepcional toda norma que no pueda reconducirse a los principios generales o fundamentales del ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, constituye una excepción a los mismos. Esta última parece ser la idea más fuerte en la doctrina española¹²⁸.

Lo que sí me parece claro es que la idea de ley excepcional no es idéntica a ley especial, que sería aquella que se ocupa de reglamentar una parcela específica del ámbito social, y que es la forma en que entienden a la Ley de Caza DE ÁNGEL y MÚRTULA. En consecuencia, siguiendo a MEDINA ALCOZ, si la Ley de Caza es una ley especial, ella puede aplicarse analógicamente y es susceptible de interpretación extensiva, puesto que permite inducir un principio general aplicable a todos los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo¹²⁹.

¹²⁶ CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 146.

¹²⁷ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, págs. 41 y 42.

¹²⁸ DORAL GARCÍA, “La analogía en el Derecho de obligaciones”, *op. cit.*, pág. 733, y LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, págs. 656 y 657, quien cita a DE CASTRO y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN en este sentido.

¹²⁹ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 437.

En contra, se podría afirmar que la Ley de Caza sí es una norma excepcional, por tratarse de un texto legal que impone una responsabilidad objetiva para los cazadores, incluso si ella es solidaria, como lo hace DE ÁNGEL (para quien esta Ley “ha roto con la esencia misma de la concepción tradicional de la responsabilidad”¹³⁰). Sin embargo, esto también es refutable en lo que concierne a la responsabilidad colectiva, puesto que, como se verá más adelante, ésta no es, en sí misma, objetiva ni subjetiva, sino que puede asumir cualquiera de esos caracteres, de acuerdo a la discrecionalidad del legislador, cosa que ocurre con la Ley de Caza, donde se ha optado por un régimen objetivo, en consonancia con el sistema general de esa Ley¹³¹.

Además, parece difícil sostener que hoy en día la responsabilidad colectiva estampada en la Ley de Caza pueda constituir una situación de excepción en el sistema de responsabilidad civil español. Digo esto no sólo por la recepción que esta forma de responsabilidad ha tenido en la doctrina y en la jurisprudencia en los últimos años, sino también en la propia legislación, a propósito de lo cual cabe invocar la tesis de DÍEZ-PICAZO, para quien existen una serie de preceptos, entre los que se encuentra el artículo 33.5, que avalan la doctrina de la responsabilidad colectiva y, en general, que cuando un daño ha sido originado en la actividad de un grupo de personas, todos ellos deben responder solidariamente, a menos que cada uno de ellos pruebe la ausencia de relación entre su comportamiento y el resultado final¹³². Es decir, el sistema legal español parece inclinarse con cada vez más generalidad por imponer responsabilidad civil por la creación de un daño, aún cuando se desconozca la identidad del autor material del mismo, si es que existe una actividad grupal detrás de él.

¹³⁰ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 66.

¹³¹ Por otra parte, CAVANILLAS MÚGICA afirma, en este mismo sentido, que la responsabilidad objetiva de textos especiales como la Ley de Caza, no es opuesta a un pretendido principio de “no hay responsabilidad sin culpa”, que no existe en el Derecho civil (puesto que lo único que hay es una regulación de la responsabilidad por culpa, pero sin un ánimo excluyente de otras formas de responsabilidad), sino más bien al principio *res perit domino* (el daño queda donde cae), que sí tiene cabida en el ordenamiento español. Pero, como bien dice el autor, si todas las numerosas excepciones existentes a este principio se considerasen normas excepcionales, se llegaría a una conclusión imposible de sostener. De este modo, el carácter excepcional de las leyes que consagran responsabilidad objetiva, como la Ley de Caza, resulta para el autor francamente dudoso (*La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 149).

¹³² DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, págs. 163 a 168.

También podría intentar atacarse la aplicación por vía de analogía del artículo 33.5 de la Ley de Caza señalando que sobre ella debe primar la utilización del argumento *a contrario*. En efecto, se dice en doctrina que otro de los problemas que plantean las lagunas legales es la incertidumbre entre la procedencia de recurrir a la analogía para colmarlas, o bien asumir que si una norma ha regulado cierto supuesto es porque todos los demás, por más que se le asemejen, no se encuentran bajo su amparo y no se les debe aplicar el respectivo precepto. En el caso que nos ocupa, esta última posibilidad significa entender que si la Ley de Caza ha establecido expresamente la responsabilidad colectiva para cierto evento, es porque el legislador ha querido que sólo en ese ámbito se aplique la responsabilidad solidaria del grupo, y no en otros, salvo aquellos que pudieran estar especialmente considerados por la ley. Por lo tanto, a la luz de este principio la analogía no tendría cabida.

Lo feble de este alegato es que, como lo han manifestado los autores consultados, no existen límites claros que deslinden el campo de aplicación de uno u otro principio. Así, LETE DEL RÍO¹³³, por ejemplo, afirma que el argumento *a contrario* se deberá emplear en tanto no exista identidad de razón entre la norma y el supuesto al que se le pretende aplicar; GUASTINI¹³⁴, por su parte, dice que para utilizar la analogía en vez de este argumento habría que reforzar el argumento analógico mediante otras premisas que lo excluyan. Se trata entonces de una posibilidad muy confusa y nebulosa, que no es fácilmente atendible como para derribar la aplicación por analogía del artículo 33.5 a los daños causados por el integrante indeterminado de un grupo.

Al mismo tiempo, CAVANILLAS afirma, a propósito de la aplicación analógica de las leyes especiales sobre responsabilidad objetiva que se observan en el ordenamiento español, que el criterio tenido en vista por el legislador al momento de dictar estas leyes es el de normar supuestos dañosos de especial gravedad, ya sea por su frecuencia, ya sea por su magnitud, por lo que “no

¹³³ LETE DEL RÍO, “Reflexiones sobre la analogía”, *op. cit.*, pág. 648.

¹³⁴ GUASTINI, “Analogía”, *op. cit.*, págs. 35.

puede...deducirse ninguna intención de incluir al automovilista y excluir, por ejemplo, al propietario de un tendido de cables de alta tensión”¹³⁵.

A modo de conclusión para esta parte de la investigación, quisiera dejar claro que, como lo indiqué al principio de este análisis, la analogía es un tema que presenta muchas aristas, respecto de las cuales hay opiniones divergentes y dudas no del todo resueltas, por lo que no es mi intención formular conclusiones absolutas en una materia tan resbaladiza. Pero, por lo mismo, creo que tampoco es posible descartar completamente la aplicación analógica del artículo 33.5 de la Ley de Caza (como sí lo hacen los autores que cité más arriba), ya que, al contrario, creo que existen buenos argumentos, que he tratado de plantear, favorables a este camino de integración del vacío legal que en estos momentos significa la ausencia en el Código civil de un precepto específico que resuelva de manera general y abstracta el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

3.1.3. LA JURISPRUDENCIA

El siguiente paso consiste en revisar la actitud que hasta el momento ha tenido la jurisprudencia española en relación al daño estudiado y a la responsabilidad colectiva, fundamentalmente a través de sentencias del Tribunal Supremo, señalando desde ya que se mencionarán en forma especial resoluciones que resuelven casos generales, apartando aquellas que se puedan encuadrar en hipótesis reguladas por leyes especiales para estudiarlas en conjunto con éstas.

Un análisis del estado del daño causado por miembro indeterminado de un grupo en la jurisprudencia española debe empezar, me parece, por el estudio de dos sentencias pronunciadas a principios de la década de los ochenta, que en realidad forman parte de la llamada jurisprudencia menor. Estas sentencias son importantes no sólo por su contenido, que ya reseñaremos, sino también porque ellas son el motivo que impulsó al profesor Ricardo DE ÁNGEL a

¹³⁵ CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, op. cit., pág. 146.

escribir su ya varias veces citado ensayo “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, trabajo fundamental en el estudio de esta materia en la doctrina científica española, por ser el primero que trató de manera más o menos profunda la cuestión, introduciendo al debate jurídico español el tema, a pesar de la conocida inclusión de esta categoría de daño en el Código civil alemán y al estudio del mismo en Francia desde mediados del siglo XX. En ese artículo¹³⁶, el autor se aboca a la revisión detallada de la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, que resolvieron con criterios disímiles la situación de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y que reseñó de la siguiente manera: “El caso enjuiciado por la Audiencia de Burgos era el siguiente: dos niños se hallaban disparando sendas escopetas de aire comprimido; en un momento determinado, un proyectil alcanzó el ojo izquierdo de un tercer niño, ocasionándole la pérdida casi total de la visión; el padre del lesionado entabló demanda de indemnización de daños y perjuicios, reclamándosela a los padres de los niños que en el momento del accidente habían estado disparando las escopetas.

El Juzgado de Primera Instancia de Laredo, en sentencia de 30 de septiembre de 1978, desestimó la demanda, en base a que no se había acreditado cuál de los dos niños portadores de escopetas era el que había realizado el disparo causante del accidente.

La Audiencia Territorial de Burgos, mediante sentencia de 4 de diciembre de 1980..., desestimó el recurso interpuesto, confirmando íntegramente la Sentencia recurrida”. A continuación, DE ÁNGEL reproduce la parte del considerando en el que la Sala apoyó su fallo, el cual sostenía que “...*si bien es cierto que el día 8 de agosto de 1976, hallándose ambos menores disparando con sendas escopetas de aire comprimido, resultó alcanzado en el ojo izquierdo el hijo del actor por uno de los proyectiles disparados, quedando irreversiblemente con*

¹³⁶ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 24 a 26. Posteriormente el autor ha vuelto a analizar estas sentencias en los otros trabajos dedicados a esta forma de daño, “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *op. cit.*, págs. 281 y ss., “Actuación dañosa de los grupos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, 1997, págs. 984 y ss., y en su *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, págs 864 y ss.

visión prácticamente nula de dicho ojo, es lo exacto que ni en el curso de estas actuaciones, ni anteriormente por el Tribunal Tutelar de Menores se pudo determinar quién fue el autor del único disparo que produjo la referida lesión, por lo que, aún teniendo presente que con su actitud los dos menores, hijos de ambos demandados, creaban una situación de peligro, generadora, en potencia, de posibles daños, no puede olvidarse que el ilícito civil que sancionan los artículos 1902 y 1903 del Código Civil con la responsabilidad de indemnizar los daños causados, ha de referirse siempre y en todo caso a conductas u omisiones culposas cualificadas por el resultado dañoso, y nunca por una situación de mero peligro, en base a la cual, únicamente habría de ser producida la condena de ambos demandados en este caso, y por tanto, absolutamente improcedente. Y descartada, naturalmente, toda forma de intencionalidad, acuerdo o concierto previo para producir el resultado lesivo, en la medida que no se pudo determinar el autor del único disparo causante de la lesión, es obvio y evidente que faltando por carencia total y absoluta de prueba la necesaria relación de causalidad, no existen ya términos hábiles para que entre en juego la doctrina de la culpa, ni aún por mecanismos de presunción en aplicación de la teoría del riesgo u otra equivalente”.

Como lo resalta acertadamente PANTALEÓN¹³⁷, la clave de la sentencia está en que, al no probarse la relación de causalidad, presupuesto constitutivo de la responsabilidad civil, no procede la condena a los padres de los menores, ya que, por otra parte, tampoco existe en el caso en cuestión coautoría entre los posibles causantes del daño. Al mismo tiempo, la sentencia rechaza la posibilidad de aplicar en beneficio de la parte demandante presunciones basadas en la teoría del riesgo u otra equivalente.

La segunda resolución en comentario es de fecha 24 de enero de 1981 y fue pronunciada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca. DE ÁNGEL llama la atención acerca de la gran semejanza que existe entre el caso de esta sentencia y el resuelto por la de la Audiencia de Burgos. “Dos niños de doce años de edad, cuando esperaban a entrar en la escuela, tiraban piedras a un tercero,

¹³⁷ PANTALEÓN, “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pág. 41. En el mismo sentido, MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 241.

al que no alcanzaron. Pero una de las piedras así arrojadas, sin que se pudiera determinar de cuál de aquellos dos niños procedía, fue a dar a otro, causándole una herida en el ojo izquierdo, que tuvo que ser objeto de enucleación quirúrgica.

El Juzgado de Primera Instancia de Inca había desestimado la demanda por no haberse acreditado -en el criterio del juzgador- cuántos niños habían participado en el lanzamiento de las piedras y cuál de ellos, en concreto, había sido el autor de la pedrada lesiva”. Sin embargo, la Audiencia Territorial empleó un criterio diferente y consideró acreditado que de todos los niños que se hallaban en las cercanías únicamente los dos hijos de los demandados habían sido los autores del lanzamiento de las piedras, pero reconociendo que no se había conseguido probar cuál fue el específico causante de la lesión.

El considerando en que la Audiencia Territorial expone los fundamentos de su decisión dice expresamente: “... *la acción culposa de los hijos de los demandados es obvia, no ya en atención a la teoría del riesgo creado..., sino por la finalidad que en acción conjunta perseguían de dañar a otro niño al que no alcanzaron (aunque, como por evidente hay que darlo, no tuvieran el propósito de causar un mal tan grave como el que resultó); y siendo esta notoria culpa a ambos atribuible, y siendo la misma finalidad conjunta de ambos niños, determinante a su vez de que haya de ser calificada como necesariamente culposa, no cabe que se pueda amparar la acción particularizada de ninguno de los dos en orden al resultado producido y a la responsabilidad que ha de ser su consecuencia, a pretexto de la imposibilidad práctica de la prueba de cuál de ellos hubiera sido el lanzador de la piedra precisa que causó la herida, dejando así inerte al lesionado en su manifiestamente justa pretensión de ser indemnizado. Hay una evidente culpa conjunta en una acción común, y un resultado que es su consecuencia, por lo que, de no conculcar los presupuestos lógicos de la culpa extracontractual, a los varios agentes que así hayan participado en el hecho es atribuible su consecuencia*¹³⁸; en

¹³⁸ Sobre esta parte del considerando, PANTALEÓN ha afirmado que la sentencia acoge la demanda porque existió coautoría entre los posibles dañantes, que la resolución admite en hechos imprudentes. “Pero no hay que olvidar –continúa el autor-, y la sentencia parece olvidarlo, que los demandados no son los menores sino sus padres. Un padre no responde...por el hecho de que hijo menor sea él mismo responsable del daño que ha causado...El padre responde porque, por su culpa *in*

cualquier caso, si se admitiera que solo al que hubiere arrojado el concreto proyectil vulnerante correspondería la atribución del resultado no obstante ser éste cualitativamente –en cuanto previsiblemente dañoso, aunque no ciertamente cualitativamente en la magnitud de su daño- la finalidad de la acción conjunta, habría que entender que a quien afirmase no haberlo sido correspondería la prueba sobre ese particular que lo excluyere de la responsabilidad consiguiente, y en modo alguno puede ser exigible que sea el perjudicado el que en un inútil intento probatorio tenga que deshacer un anonimato que de ordinario garantiza, en situaciones como la de autos, una pluralidad de personas”¹³⁹.

Como se puede apreciar, los presupuestos fácticos de ambas sentencias son casi idénticos¹⁴⁰, pero las soluciones a que ellas llegan difieren completamente. En tanto la primera opta por una vía apegada estrictamente a las reglas tradicionales de la responsabilidad extracontractual, la de la Audiencia de Palma de Mallorca se atreve a ir más allá y propone una nueva forma de solucionar este tipo de conflictos. Como el propio DE ÁNGEL se encarga de hacer notar, “la Sentencia de la Sala de Burgos rezuma el desencanto del jurista que, como considerándose sometido a las exigencias inapelables de unos principios técnicos habidos desde siempre como artículos de fe en el difícil oficio de juzgar, se ve en el trance de no poder dar satisfacción por la vía del Derecho a un interés humano que bajo otro prisma aparece como innegablemente merecedor de tutela.

La resolución de Palma de Mallorca, ante un supuesto casi idéntico, se desprende con meritorio propósito de ciertos corsés dogmáticos y,

*vigilando...ha contribuido a la causación del daño cuya indemnización se reclama. La responsabilidad del padre es ‘por hecho propio’ (bien que con inversión de la carga de la prueba), no responsabilidad ‘por hecho ajeno’. Así las cosas, dado que es peregrino afirmar que entre los padres de los lanzadores de piedras existía un concierto de voluntades de no vigilar a sus hijos, el argumento no parece muy convincente” (“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pág. 415).*

¹³⁹ Al respecto, PANTALEÓN concluye que en esta segunda parte del considerando el Supremo se decanta claramente por una solución de equidad al condenar a los padres de los menores (“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pág. 416).

¹⁴⁰ Eso sí, en la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca “la víctima no participa en la acción peligrosa o culposa del grupo productora del daño (no está jugando con escopetas de aire comprimido o tirando piedras). La acción de la víctima, por tanto, no excluye la responsabilidad del grupo porque no acepta el riesgo creado, como pudiera ser el caso de la AT de Burgos” (MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 242).

procurando mantenerse en el nada fácil equilibrio de la ortodoxia técnica, se deja conquistar por las exigencias de una justicia material previamente intuida y justificada por las más modernas tendencias en el resbaladizo terreno de la responsabilidad extracontractual”¹⁴¹.

Otra sentencia, esta vez del Tribunal Supremo, que ha sido analizada con detención por la doctrina a propósito de esta materia, es la del 8 de febrero de 1983 (RJ 867) y que motivó un artículo de Fernando PANTALEÓN, al que ya hemos hecho referencia. La trascendencia de esta resolución es, como lo indica el autor, que constituye la primera ocasión que tuvo el Tribunal Supremo de pronunciarse respecto de una situación de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo¹⁴² y resolverlo de acuerdo a la fórmula de la responsabilidad colectiva. Se trata del caso de otro niño, quien resultó lesionado en su ojo derecho cuando pasaba por el lugar donde jugaban otros menores, quienes se arrojaban entre sí pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales alcanzó al primero afectándole el iris y provocándole la ruptura de la cápsula anterior, razón por la cual debió ser operado de urgencia, quedándole como secuela una catarata secundaria con pérdida de la agudeza visual, la cual quedó reducida al veinticinco por ciento, previéndose una nueva intervención quirúrgica y mayor pérdida de visión. Durante el curso del proceso no se pudo llegar a esclarecer cuál de los menores, hijos de los demandados y que en total eran seis, había sido el que lanzó el objeto que alcanzó al menor lesionado, pero no existían dudas que uno de ellos había sido el responsable. A pesar de esta incertidumbre, el Tribunal Supremo desechó el recurso de casación interpuesto por los demandados. El fundamento de tal decisión se encuentra en el considerando cuarto de la sentencia, el cual dice que *“...al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega la aplicación indebida del artículo 1903, párrafos primero y segundo, en relación con el artículo 1902, ambos del Código civil, negando en definitiva los recurrentes que sus hijos tuvieran culpa alguna en el accidente sufrido por el hijo del demandante y recurrido, y además que entre este accidente y el juego a que se dedicaban aquellos no hubo relación de causa a efecto, motivo que al igual que los*

¹⁴¹ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 59.

¹⁴² PANTALEÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, pág. 414.

ya examinados es de rechazar por las siguientes razones: a) si bien el requisito de la culpa en las cuestiones de responsabilidad extracontractual puede ser revisable en casación, al amparo del número 1º del artículo 1692 de la Ley Procesal civil, ha de partir sin embargo esta sala de los hechos de que aquella haya de derivarse, que han sido apreciados por la Sala a quo, y que han sido ineficazmente impugnados en este recurso; de cuyos hechos deriva inequívocamente, en cuanto a los autores materiales de los daños, que jugaban en la calle de una manera muy peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar ante esa negligencia y riesgo que creaban a que el menor, hijo del demandante, resultara alcanzado con uno de los objetos lanzados en el ojo derecho; derivando de este breve resumen del hecho la indudable culpabilidad de los menores, repercutible, a tenor del artículo 1903, párrafos 1º y 2º, del Código civil, en sus padres, los recurrentes y antes demandados, sin que haya obtenido la prueba de la diligencia exoneradora de esta responsabilidad civil que permite el párrafo último del mencionado artículo 1903; b) la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo Bermejo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código civil, artículos 1910, 1564, 1683 y 1784, y la Ley de caza, de 4 de abril de 1970 (artículo 33.5), contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes del daño; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo”.

Esta sentencia posee varios aspectos interesantes que me parece importante resaltar, por cuanto sienta algunas de las bases sobre las cuales se funda la aplicación de la responsabilidad colectiva en España, además de ser la primera vez que el Tribunal Supremo opta por esta clase de responsabilidad en un caso no reglamentado expresamente por la ley: primero, que funda la condena de los padres de los menores en la “indudable culpabilidad” de éstos al estar realizando una actividad notoriamente peligrosa para ellos mismos y para todos aquellos que pasaran por ese lugar, con lo que estaría aceptando la realización negligente de una actividad peligrosa como fundamento de la responsabilidad colectiva, idea fundamental en la teoría esbozada por DE ÁNGEL respecto de la responsabilidad colectiva¹⁴³; en segundo lugar, que no ve como impedimento a esa condena al solo hecho de la imposibilidad de prueba del autor material de la lesión y la relación de causalidad entre éste y el daño, por cuanto considera que en la normativa del Código civil –además del artículo 33.5 de la Ley de Caza- existen ciertas disposiciones, que son aquellas que enumera, que protegen a la víctima de este inconveniente, estableciendo la condena de una pluralidad de individuos y que justifican aplicar analógicamente una solución a esta forma de daño, por pertenecer ella al sistema de responsabilidad extracontractual. Claro que, como ya vimos, PANTALEÓN niega que alguno de esos artículos, específicamente el artículo 1910, tenga alguna aplicación analógica a casos como éste, por las razones ya expuestas más arriba. Y, finalmente, reconoce que en la responsabilidad colectiva subyace un fundamento de equidad al acoger la justa pretensión de una víctima que se encuentra en la indefensión que significa no poder probar la identidad del individuo que le ha provocado un daño y que se esconde en el anonimato del grupo del que forma parte (cuando habla de un “*matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas*”).

Ahora bien, las apreciaciones del Tribunal Supremo expresadas en la sentencia en comento también han sido criticadas y contraargumentadas. A las

¹⁴³ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 74.

ideas de PANTALEÓN que ya he reseñado, más las que se expresarán más adelante, se suman ciertos reparos que GÓMEZ CALLE ha manifestado en un trabajo donde se refiere a esta sentencia: “Es cierto que, para el perjudicado, probar quién ha sido el concreto causante del daño puede ser –aunque no necesariamente ha de ser así– mucho más complicado de lo que para cada uno de ellos puede resultar la prueba de que él no lo ocasionó. Sin embargo, frente a la argumentación de la sentencia cabría aducir: 1º) Que los artículos citados del Código Civil no sirven para apoyar la solidaridad de los miembros del grupo por el daño causado por uno de ellos, desconocido, puesto que no prevén tal efecto, sino que, al contrario, hacen responder a una sola persona..., a la que se estima imputable el daño con independencia de quién en particular lo haya ocasionado;...En cuanto al artículo 33.5 de la Ley de Caza, contra su aplicación analógica cabría apuntar que la solidaridad que consagra va íntimamente unida al establecimiento de una responsabilidad objetiva y a la imposición de un seguro obligatorio. 2º) El argumento de la equidad tampoco parece definitivo: tan inequitativo puede ser dejar a la víctima sin reparación, como hacer responder del daño a quien no lo ha causado. 3º) En el caso que aquí se plantea no hay causación conjunta de un daño por varias personas –que es el supuesto al que se refiere la doctrina jurisprudencial de la solidaridad a que alude la sentencia–, sino causación del mismo *por una persona indeterminada* dentro de un grupo”¹⁴⁴.

Otra sentencia que, en apariencia, constituye una muestra de la acogida jurisprudencial de la tesis de la responsabilidad colectiva en la jurisprudencia española es la pronunciada por el Tribunal Supremo con fecha 11 de febrero de 1985. En ella, la Sala condenó solidariamente a una empresa contratista, a una compañía suministradora de energía eléctrica y absolvió a un tercero, todos ellos demandados por Telefónica a causa de los daños causados en los cables telefónicos como consecuencia de una operación de instalación llevada a cabo por el contratista. Ricardo DE ÁNGEL¹⁴⁵ ha estudiado esta resolución como un ejemplo de responsabilidad colectiva y cita sobre todo la siguiente reflexión del Tribunal: “...cuando no pueda determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, responderán todos ellos, lo que no es opuesto a que

¹⁴⁴ GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pág. 420.

¹⁴⁵ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, pág. 979.

habiéndose demostrado únicamente la culpa en el recurrente y en la entidad concedente responden ambos solidariamente”.

Sin embargo, me parece dudoso que éste sea un buen ejemplo de responsabilidad colectiva, a pesar que DE ÁNGEL lo mencione como tal, puesto que en este caso, y como el propio jurista lo indica, no existía ninguna duda acerca de la autoría del contratista como autor del daño, lo que se encontraba plenamente acreditado en el proceso, sin que se comprobara la intervención de un tercero en la producción de ese daño que pudiera haber interrumpido el nexo causal entre la acción culposa y el resultado perjudicial para la demandante. Recordemos que uno de los requisitos de la responsabilidad colectiva es que se desconozca en forma absoluta el autor material de un daño de entre los varios posibles candidatos, cosa que aquí no sucede. Además, si la empresa de suministro eléctrico fue demandada no se debió a que alguno de sus empleados pudiese haber causado el daño, sino que lo fue en virtud de la vinculación que tenía con el contratista responsable, a quien encargó la realización de la obra de instalación. No cabe duda que lo realmente rescatable en esta sentencia no es la solución a la que llega en sí, sino la declaración de principios que ella contiene, ya reproducida, en cuanto a que es procedente la condena de todo el grupo de agentes cuando no se sepa cuál de ellos ha sido el causante del daño.

La STS de 13 de septiembre de 1985 (RJ 4259) resolvió el caso de un menor que sufrió graves lesiones al ser alcanzado por un proyectil cuando otros dos niños disparaban una escopeta de aire comprimido, sin que pudiera determinarse cuál de ellos fue el que lanzó ese proyectil. El único dato concreto al respecto era que cada uno de ellos, alternativamente, cargaba la escopeta y el otro la disparaba hacia los pájaros. La sentencia optó por la responsabilidad colectiva y se basó para ello en una *“insistente jurisprudencia en orden a que se produce solidaridad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades”.*

Con posterioridad el Tribunal Supremo, a través de la STS de 8 de julio de 1988 (RJ 5681), tuvo la ocasión de aplicar la solidaridad a un caso de daño causado a un menor de edad, quien sufrió graves lesiones a causa de disparos provenientes de un grupo de caza integrado por cinco cazadores que desarrollaba su práctica cerca del lugar donde el menor, en compañía de otros niños, se encontraba jugando. La sentencia dio por acreditado que en el lugar no había otras partidas de caza y que los demandados habían efectuado disparos, sin que se determinase cuál de ellos alcanzó a la víctima. Con estos datos el Supremo razonó que en este caso concreto *“no cabe sino establecer por elemental percepción intelectual que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron en el grupo de niños”*. Lo llamativo de la sentencia es que llega a esta conclusión no por aplicación del artículo 33.5 de la Ley de Caza, que sería lo adecuado en vista del supuesto de hecho que trata, sino que a través del artículo 1902 del Código civil y la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, y también de la escasa jurisprudencia que hasta ese momento venía emanando del propio Tribunal Supremo acerca del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo¹⁴⁶.

Un ejemplo más reciente que nos entrega la doctrina jurisprudencial es el resuelto a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2000 (RJ 2148). Esta sentencia resolvió el caso de un menor que sufrió la pérdida total de visión de su ojo izquierdo al ser alcanzado por los disparos hechos por otros dos menores con rifles de aire comprimido, sin que se pudiera comprobar a lo largo del proceso cuál de los dos fue el que efectuó el disparo específico. La Sala falló a favor de la víctima, condenando a los representantes legales de los menores responsables al pago en forma solidaria de la respectiva indemnización, señalando en su considerando cuarto que *“...la doctrina jurisprudencial ha insistido en que procede la solidaridad entre los sujetos a los que alcanza una responsabilidad por el ilícito culposo con pluralidad de agentes y concurrencia causal única cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos, ni establecer tampoco las distintas responsabilidades...”*.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, “Los sujetos de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pág. 420, y MÚRTULA, “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, *InDret*, abril, 2006, pág. 4.

Por otra parte, podemos mencionar a la STS de 2 de noviembre de 2004 (RJ 6864). El supuesto fáctico de la resolución, perfectamente enmarcable dentro de la forma de daño en estudio, es el siguiente: una persona falleció a causa de la embestida propinada por una vaca, no individualizada y que formaba parte de una vacada compuesta por reses pertenecientes a dos dueños. Uno de esos dueños era el titular de la explotación ganadera, en tanto que el segundo era, curiosamente, uno de los hermanos de la víctima, quien intervino como demandante junto a otros hermanos en el juicio seguido contra la compañía aseguradora del primer propietario y que también lo era del segundo. La aseguradora se defendió diciendo que este demandante era igualmente responsable del daño, por ser dueño de vacas que formaban parte del grupo dentro del cual se encontraba aquella que mató a la víctima y que, por lo tanto, la demanda debía desestimarse a su respecto. El Tribunal Supremo acogió esta alegación de la compañía aseguradora y condenó al hermano propietario y demandante al mismo tiempo, en base al siguiente argumento: *“la responsabilidad ha de atribuirse a ambos, al no haberse podido concretar de quién era la vaca que embistió, sólo que pertenecía a la explotación ganadera en la que el titular permitía que se mantuviesen vacas de D. Armando (hermano demandante) en concepto de ‘excusas’. Por tanto, el mismo no puede reclamar nada al Sr. José Pablo por la muerte de su hermano, víctima mortal de la embestida, por ser igualmente responsable, asegurando la misma demandada y recurrente Fiatc su propio ganado”*. En otras palabras, el Tribunal llegó a la conclusión de que, formando parte el animal desconocido de un grupo de varios, pertenecientes a dos dueños diferentes, ambos debían asumir la responsabilidad y costear la indemnización a que da lugar este fallo por la muerte del hermano de los demandantes¹⁴⁷.

Del elenco de sentencias reseñado y de sus contenidos es posible anticipar algunas conclusiones¹⁴⁸. La primera y más importante, a mi juicio,

¹⁴⁷ Sobre esta sentencia, *vid.* MACÍAS CASTILLO, Agustín, “Responsabilidad compartida por falta de determinación del animal causante del daño”, en *Actualidad Civil*, N° 4, febrero, 2005, pág. 475 y ss.

¹⁴⁸ Además de las mencionadas, existen alguna otra de idénticas características, como la STS de 26 de noviembre de 1993 (RJ 9142). No se olvide que existen resoluciones que serán estudiadas en el

de todas ellas es que, sin lugar a dudas, la tendencia general y mayoritaria en las resoluciones del Tribunal Supremo se inclina por resolver los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo mediante la condena en forma solidaria de todos los integrantes de ese grupo. En otras palabras, la más alta jurisprudencia española aplica la responsabilidad colectiva como solución a esta clase de daños cuando no se encuentran regulados en leyes especiales, como lo es la Ley de Caza, por ejemplo¹⁴⁹.

Pero también es necesario concluir que la jurisprudencia existente sobre esta materia parte mayoritariamente de los criterios y fundamentos enunciados por el Supremo en la sentencia de 8 de febrero de 1983, sin realizar una labor de perfeccionamiento y profundización de los mismos que serían de muchísima utilidad para precisar las ideas que en esa resolución se expusieron y así consolidar una verdadera y sólida doctrina jurisprudencial acerca del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo y la responsabilidad colectiva, especialmente en una parcela del Derecho de daños tan poco explorada por la doctrina española y que es susceptible de provocar tantas dudas, opiniones discrepantes y, como veremos a continuación, fallos disonantes al interior del propio Tribunal Supremo. No quiero decir con esto que los pilares que sustentan la responsabilidad colectiva en el campo jurisprudencial sean endeble, sino que no se ha aprovechado por el Alto Tribunal la posibilidad de dotar en sus sentencias de una mayor densidad a los lineamientos ya existentes. Particularmente, se echa de menos una construcción más acabada para el fundamento de la condena solidaria de los miembros del grupo, realizada a partir de la descripción explícita de los elementos que deberían configurar, a juicio del Supremo, la responsabilidad colectiva, sobre todo en lo que dice relación con dos componentes clave de toda forma de responsabilidad extracontractual, como son el criterio de imputación subjetiva y, especialmente, el nexo causal, sin duda el requisito más afectado por la novedosa

último capítulo de este trabajo y que aplican la responsabilidad colectiva, pero en base a la legislación especial que permite aplicar esta clase de responsabilidad.

¹⁴⁹ A esta conclusión llega también la doctrina mayoritaria: MARTÍN CASALS y RUDA, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *op. cit.*, pág. 856; COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 97; MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 22; y ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzadi, 2005, pág. 60, por mencionar ciertas obras recientes.

fórmula que estamos analizando. En efecto, los problemas que nacen a propósito de ambos elementos, así como las circunstancias cuya concurrencia debiera ser necesaria, no se tratan debidamente en estas sentencias.

Ahora bien, esas directrices a que acabo de hacer mención, propuestas por primera vez en la mentada STS de 8 de febrero de 1983 y repetidas de manera bastante constante en fallos posteriores, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- La condena de los integrantes del grupo se basa en la realización negligente por parte de éstos de una actividad peligrosa, creando una situación de riesgo que se concreta en la conducta de uno de ellos¹⁵⁰.
- La circunstancia de no probarse indubitadamente la identidad del autor material del daño no obsta a la responsabilidad del resto del conjunto, puesto que en el Código civil, específicamente en los artículos 1910, 1564, 1783 y 1784, y en el artículo 33.5 de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, se contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados¹⁵¹.
- Es inequitativo exonerar de responsabilidad a los integrantes del grupo por esta clase de daños, que dejaría sin indemnización a las víctimas, por lo que la condena de todos ellos en forma solidaria, además de salvar esta inequidad, permite orillar las dificultades de prueba que significa la forma de comisión del ilícito. Esta solución constituye, a juicio del Tribunal Supremo, una manifestación del matiz objetivista que se observa en la doctrina científica, que

¹⁵⁰ Más adelante desarrollaré esta idea, precisando que efectivamente el grupo realiza cierta actividad creadora de un riesgo, pero que, a menos que la ley disponga expresamente un criterio objetivista, el criterio de imputación subjetiva es la culpa de cada miembro por la creación del riesgo aludido (*Vid.* Capítulo Quinto, 2).

¹⁵¹ Esta opinión del Tribunal Supremo coincide con la que ya expresado en cuanto a que la responsabilidad colectiva encuentra sustento en el ordenamiento jurídico español, no en la aplicación analógica de estos preceptos a casos no regulados expresamente por la ley, sino más bien en la correspondencia de esta solución con un cierto sistema que busca aplicar la solidaridad a daños en que no es posible identificar al o los autores de un daño de entre varias alternativas, o se torna imposible deslindar la cuota de responsabilidad que le cabe a cada participante en la producción del daño.

tampoco es proclive a dejar sin indemnización esta forma de daño, aunque, cabe decirlo, esto no significa que la responsabilidad colectiva sea una forma de responsabilidad objetiva.

Quizás podría escapar a la tendencia que acabo de reseñar, además de ser bastante reciente, la STS de 8 de marzo de 2006 (RJ 1076), que, tal como se ha dicho¹⁵², claramente sigue la línea de la STS de 8 de febrero de 1983. En este fallo se resolvió el litigio nacido a causa de una demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por los padres de un menor de edad que resultó con severas lesiones a causa del contacto con un fuerte ácido. Cinco niños rellenaron una botella de refresco con sulfumán, componente que utilizaron para realizar un experimento químico, la que posteriormente hicieron explotar. Hecho esto, uno de ellos guardó el sobrante de sulfumán en una tubería existente en unas obras cercanas, que fue encontrado con posterioridad por otro grupo de menores. Desafortunadamente, sobre uno de los menores, hijo de los demandantes, se vertió accidentalmente parte del líquido, provocándole la pérdida de la visión del ojo izquierdo.

Ante la imposibilidad de comprobarse en el proceso la identidad del menor que ocultó en la tubería el producto tóxico, el Tribunal Supremo optó por acoger en este caso la tesis de la responsabilidad colectiva¹⁵³, condenando al pago de una indemnización a favor de la víctima a los padres de todos los menores involucrados en forma solidaria, señalando en su considerando sexto que *“hubo sin duda un acuerdo de voluntades para la actividad creadora del riesgo (compra del ácido para hacer experimentos y posterior abandono del mismo), ..., y ello sirve como criterio de imputación objetiva y común del daño, repercutible, a tenor del*

¹⁵² MÚRTULA, “La imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de autoría incierta”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007, pág. 1210, quien centra preferentemente su análisis en el modo en que incide esta forma de comisión del daño en la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos. También es apreciable el estudio Francisco OLIVA BLÁSQUEZ, “Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentarios a la STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1076)”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, N° 17, pág. 247 y ss., quien también desarrolla esa línea de investigación.

¹⁵³ En el mismo sentido, OLIVA BLÁSQUEZ, “Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder?...”, *op. cit.*, pág. 251, y MÚRTULA, “La imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de autoría incierta”, *op. cit.*, pág. 1210.

artículo mil novecientos tres, párrafo primero y segundo, del Código Civil, en sus padres. La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes ocultó materialmente el producto sobrante que permitió su descubrimiento posterior por parte de otros menores ...no obsta a la responsabilidad de todos ellos, pues todos mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo del daño; responsabilidad que se debe imputar de una forma solidaria a cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, los padres de los menores causantes del daño (SSTS 8 de febrero 1983; 13 noviembre 1985), cuando, como aquí sucede, todos contribuyeron causalmente a la producción del daño cuya indemnización se pretende y no es posible deslindar la actuación de cada uno en el evento nocivo. Es razón por la cual, siendo los menores civilmente inimputables, serán sus padres quienes deberán responder solidariamente...”.

Considero plausible resaltar esta sentencia respecto del conjunto de fallos que he citado, puesto que existen en ella un par de elementos diferenciadores muy importantes. En primer término, la sentencia declara expresamente que la responsabilidad de los miembros del grupo nace por su participación en una actividad de riesgo, que ha sido creado por el actuar de todos ellos. Ciertamente es que en varias de las anteriores resoluciones examinadas también se hace esta declaración, pero me parece que nunca en términos tan categóricos como la que se comenta, como sucede cuando se apunta que por llevar adelante los menores esa actividad de riesgo, “*todos contribuyeron causalmente a la producción del daño cuya indemnización se pretende*”¹⁵⁴.

En segundo lugar, me parece que se trata, al menos hasta donde mi investigación me lo permite afirmar, de la primera sentencia recaída en un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en que, al aceptar la responsabilidad colectiva, se precisa que el criterio de imputación objetiva y común

¹⁵⁴ Es evidente, en todo caso, que la frase empleada es técnicamente incorrecta, si se le considera en forma aislada, porque está claro que la contribución causal de todos los miembros del grupo es a la creación de la actividad de riesgo y no a la producción del daño. Quizás si se interpreta en forma sistemática y en consonancia con el resto del texto, se entiende mejor cuál ha sido la idea del sentenciador.

del daño es el riesgo creado por la actividad del grupo. Este intento es sumamente importante, no sólo porque introduce los criterios de la teoría de la imputación objetiva en el campo de la responsabilidad colectiva, sino también porque precisa con claridad cuál es el factor específico al que se debe recurrir, ambas áreas no exploradas en las sentencias que se han incorporado a este trabajo¹⁵⁵.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial que acoge la responsabilidad colectiva, vigente por lo menos desde 1983, no siempre ha sido continuada por el propio Supremo. En efecto, existen algunos fallos que han rechazado condenar a todo el grupo cuando no ha sido posible comprobar la identidad del autor, o la relación de causalidad entre éste y el daño, si se quiere. No constituyen una nueva tendencia que revierta la línea seguida hasta ahora, pero sin duda son excepciones que vale la pena revisar si se quiere obtener una visión lo más completa posible de la actualidad de la jurisprudencia.

Así, mencionemos en primer término la STS de 22 de junio de 2000 (RJ 4431). Tres auxiliares técnicos sanitarios (ATS) inyectaron cierto medicamento a un paciente en tres días consecutivos, correspondiéndole a cada uno realizar esta labor en un día diferente. Constó en el proceso que el primero y el tercero utilizaron una técnica de esterilización de las jeringuillas inapropiada (por cuanto se limitaron a hervirlas y no emplearon procedimientos químicos o, derechamente, no utilizaron insumos desechables), sin comprobarse lo mismo respecto del segundo. A causa de la deficiente aplicación del medicamento el paciente fue víctima de una infección y falleció debido a una gangrena gaseosa. Los parientes de la víctima demandaron al primero de los ATS y a la compañía aseguradora, pero la demanda fue rechazada en todas las instancias judiciales, ya que no fue posible comprobar que el demandado, así como ninguno de los otros profesionales, fue responsable del daño, a pesar de dejarse constancia del proceder

¹⁵⁵ Esta materia será analizada en forma pormenorizada en el Capítulo Quinto de esta investigación. En todo caso, anotemos que Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, 2008, págs. 116 y 117), ha señalado que este fallo constituye un ejemplo de cierta tendencia observada últimamente en la jurisprudencia española, en la cual el criterio de imputación objetiva utilizado, siguiendo en este sentido a la doctrina anglosajona, sería el de la lejanía del daño.

negligente de aquel. Dijo el Tribunal Supremo que “*hay que tener en cuenta que concurrió la práctica de tres inyecciones en períodos de tiempo casi contiguos y a cargo de profesionales distintos, por lo que se presenta una situación de posibilidad en tres direcciones que los medios probatorios practicados no han definido de forma cierta y fija, con lo que la necesaria causalidad adecuada y precisada no se presenta en el caso de autos*”.

Si bien es cierto que el fallo rechaza la aplicación de la responsabilidad colectiva en este caso, contradiciendo su propia doctrina en la materia, digamos en favor de los sentenciadores que los parientes de la persona fallecida rechazaron la práctica de la respectiva autopsia, con lo que se desechó la realización de una pericia probatoria que podría haber contribuido a resolver la incertidumbre causal. De este modo, uno de los principales presupuestos de la responsabilidad colectiva, la absoluta imposibilidad probatoria de la identidad de la víctima, no concurre completamente en esta hipótesis, lo que quizás hace más justificable el rechazo a la responsabilidad solidaria de los tres profesionales¹⁵⁶.

Por otra parte, cabe señalar que, a pesar de haberse indagado en el proceso la conducta de los tres auxiliares sanitarios, lo cierto es que la demanda se interpuso sólo contra uno de ellos, el que intervino cronológicamente en primer lugar. Quizás, si la acción se hubiese dirigido en contra de los tres involucrados, el criterio del Tribunal Supremo habría sido distinto y proclive a condenar a todos los miembros del grupo en forma solidaria, siguiendo su propia doctrina¹⁵⁷.

¹⁵⁶ En todo caso, es comprensible plantearse dudas respecto al criterio del Tribunal Supremo, porque este argumento, la posibilidad probatoria de la autopsia, desechada por los demandantes, no fue invocado en la sentencia. Entonces parece ser válido hablar de una incomprensible contradicción con otras sentencias que implementaron la responsabilidad colectiva a situaciones análogas. Un comentarista de esta sentencia señaló: “No puede menos de causar desasosiego la lectura de esta sentencia, sobre todo al declararse en ella con toda claridad la actuación profesional negligente del demandado...Si se estima que los tres han podido intervenir en los hechos determinantes del fatal desenlace (o, al menos, dos de ellos), ¿no cabría aplicar la responsabilidad solidaria? ¿no hubiera sido equitativo, al menos, la condena al pago de la tercera parte, o de la mitad de la indemnización por muerte culpable, respecto del ATS que ha sido demandado y cuya negligencia es paladina? (GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Comentario de la STS de 22 de junio de 2000”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 2001, pág. 1800).

¹⁵⁷ En este sentido, *vid.* LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, 2004, pág. 421. Este mismo autor, en la misma obra (págs. 438 y 439), relata un caso similar observado en los Estados Unidos (*Ybarra v. Spangard*),

Por otro lado, tenemos la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 8354). A esta sentencia le correspondió poner punto final al litigio iniciado por un individuo que fue víctima del incendio del tractocamión que había adquirido a la empresa concesionaria y, además, taller autorizado de la marca del vehículo. Este había sido aparcado por los responsables de la concesionaria en la calle aledaña a sus instalaciones, puesto que el ofendido lo había encargado para realizar la instalación de algunos accesorios. Esa misma noche el tractocamión ardió por causas desconocidas y, por lo mismo, no acreditadas en el juicio, a pesar que los informes periciales practicados concluyeron que las causas habían sido internas al vehículo. El dueño del móvil demandó a la empresa concesionaria y a la empresa fabricante del mismo, solicitando, por una parte, la resolución del contrato de compraventa y, por otra, la condena solidaria de ambos a la indemnización de perjuicios. El tribunal de primera instancia y la Audiencia Provincial acogieron la demanda en su totalidad, pero el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados. Las principales argumentaciones aportadas en la sentencia son las siguientes: *“la sentencia recurrida no señala ninguna relación de causalidad entre el daño y una acción u omisión de la recurrente, sólo se limita a la formulación de una mera hipótesis sin ninguna prueba que la avale...Se ha condenado a las sociedades demandadas porque una u otra han sido la causa del daño, lo que de ningún modo es admisible por contrario a la necesaria individualización de la acción u omisión determinante del daño causado, o bien a la necesaria declaración de una concurrencia de acciones u omisiones. Mucho menos admisible es que se*

resuelto por el Tribunal Supremo de California en el año 1944 con un criterio distinto, basado en la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*. “En el caso, el actor sufrió parálisis de uno de sus hombros a consecuencia de diversas lesiones que se le causaron durante una intervención de apendicitis bajo anestesia total. El actor demandó separadamente a diversos facultativos que habían intervenido durante su operación mientras se encontraba inconsciente. Para conseguir una indemnización, por tanto, el actor había de probar la negligencia y la relación de causalidad entre el daño y la actuación de todos y cada uno de dichos facultativos. Dadas las circunstancias del caso y, en presencia de una suerte de pacto de silencio entre los demandados, negligencia y causalidad resultaban imposibles de acreditar. Por este motivo, el Tribunal aplicó el principio *res ipsa loquitur* para invertir la carga de la prueba a favor del actor, de tal modo que fuera cada uno de los demandados el que demostrara su diligencia y la ausencia de conexión causal entre sus actos y el resultado dañoso. Precisamente por el continuado silencio de los demandados, el Tribunal condenó a todos ellos a indemnizar al paciente, pese a que parece evidente que, probablemente, no todos ellos causaron el daño”.

pronuncie una condena solidaria en estas condiciones de causalidad hipotética alternativa...”¹⁵⁸.

Como se puede apreciar, el razonamiento del Tribunal Supremo parte por rechazar el fundamento de la condena de las empresas involucradas por no existir pruebas suficientes de que ellas sean las causantes del daño, ya que ésta se basaría en una mera especulación en cuanto la participación de aquellas. En otras palabras, el Supremo razona que no ha existido una acción u omisión comprobada de parte de las sociedades que pueda considerarse punto de partida para su responsabilidad. Como bien lo ha indicado MÚRTULA¹⁵⁹, sentencias como ésta resuelven situaciones en las cuales la determinación de la relación de causalidad se limita a una mera constatación de la probabilidad de su existencia, por aplicación de la regla *more probable than not*, de acuerdo a la cual basta con una probabilidad superior al cincuenta por ciento para determinar que la causa imputable al demandado constituye base de la relación de causalidad necesaria entre daño y autor¹⁶⁰. En el caso en comento, lo que parece es que, si bien no se ha comprobado cuál es la acción imputable a las empresas demandadas, el tribunal de primera instancia y la Audiencia Provincial optaron por la condena de ambas por la probabilidad que el daño sea consecuencia de su obrar negligente (por lo menos de la empresa concesionaria, que tenía a su cargo materialmente el tractocamión destruido), razonamiento que finalmente fue desestimado en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La sentencia prosigue su argumentación: “...*esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la*

¹⁵⁸ Autores que han analizado esta sentencia concuerdan que la expresión “causalidad hipotética” mencionada en ella no se utiliza en el sentido técnico que se le da en el Derecho de daños, esto es, como un problema causal aplicable a daños que se producen por un agente, sin perjuicio que otro lo vaya a causar de todas maneras, sino como causa no acreditada o supuesta (MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 83, nota 69, y MARTÍN CASALS y RUDA, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *op. cit.*, pág. 853).

¹⁵⁹ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 83.

¹⁶⁰ Cuyo ejemplo emblemático en la jurisprudencia española es la sentencia que resolvió el famoso y dramático “asunto de la colza” (SSTS de 23 de abril de 1992 (RJ 6783) y 26 de septiembre de 1997 (RJ 6366)).

carga de la prueba, aplicables en la interpretación del art. 1902 CC, pues el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso...”.

A propósito de esta sentencia se han planteado ciertas opiniones en doctrina que apuntan principalmente a detectar si es que realmente la cuestión resuelta por el Tribunal Supremo constituye un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Así, MARTÍN CASALS y RUDA manifiestan su conformidad con el fallo y son de la opinión que éste no se ha pronunciado respecto de un caso de causalidad alternativa, sino sobre uno de causalidad incierta, ya que no se ha podido determinar cuál ha sido la causa que provocó el daño, lo que no sucede en las hipótesis de la primera, en que se sabe que el daño proviene del accionar de uno de los integrantes del grupo. “Por tanto, la sentencia comentada confirma la jurisprudencia anterior (relativa a la responsabilidad colectiva) y subraya que la causalidad alternativa requiere que se haya alcanzado ‘la necesaria individualización de la acción u omisión determinante del daño causado’”, sostienen estos autores¹⁶¹.

En el lado opuesto se encuentran MÚRTULA¹⁶² y SEUBA¹⁶³, quienes sí son partidarios de entender el supuesto de hecho de la sentencia como una figura de causalidad alternativa. El segundo ha sido tajante al respecto: “no conozco en la jurisprudencia española del Tribunal Supremo casos tan claros como el resuelto por la presente sentencia que traten sobre la causalidad alternativa”. Esta última opinión me parece bastante discutible, sobre todo porque, como ya se ha visto en páginas anteriores, la jurisprudencia aporta varias sentencias donde las hipótesis

¹⁶¹ MARTÍN y CASALS RUDA, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *op. cit.*, pág. 857.

¹⁶² MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 83, nota 69. Esta autora manifiesta su desacuerdo con el pensamiento de los autores primeramente citados, ya que, en primer lugar, considera que lo más adecuado hubiese sido la condena de ambas empresas, por cuanto no vislumbra razón alguna para considerar el siniestro como caso fortuito o fuerza mayor, sobre todo si se toma en cuenta que en el proceso aparece claramente que ha existido culpa o negligencia de alguna de ellas, debido a la cual se ha producido el daño. En ese sentido, su opinión es favorable a lo resuelto por los Tribunales de instancia. Por otra parte, rechaza que para la configuración de la condena solidaria de las empresas, de haber procedido ella, sea requisito la necesaria individualización de la acción u omisión determinante del daño causado.

¹⁶³ SEUBA, “Quién ha sido?”, *op. cit.*, pág. 4.

de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo son bastante más diáfanas y contundentes que la base de la sentencia que nos ocupa. Pero también existen otras razones, que expondré a continuación.

Me parece que el razonamiento del Tribunal Supremo es acertado. En efecto, el incendio que motivó todo el proceso se produjo por causas desconocidas, respecto de las cuales sólo existen indicios. En ningún momento se pudo determinar cuál pudo haber sido la intervención de las empresas demandadas que haya dado origen al siniestro, existiendo, a lo más, una fuerte probabilidad que éste se deba a la culpa o negligencia de alguna de ellas, en especial de aquella encargada del taller de mantenimiento. Todo esto se contrapone con la idea central de la responsabilidad colectiva, que se basa en la existencia de un daño causado por el miembro de un grupo perfectamente determinado, cuya actividad, también claramente deslindada, ha sido el origen del suceso dañoso. Pero siempre es necesario para llegar a la condena solidaria del grupo que se sepa cuál es ese grupo y cuál es la actividad que ha realizado y que ha desembocado en un quebranto para la víctima, porque de esa forma se tendrá certeza del origen del daño, aunque no se sepa quién es su autor material. En la especie, la causa del incendio es ignota, desconocida y, por lo mismo, no puede ser atribuida a ninguna de las empresas demandadas. En la responsabilidad colectiva existe una vinculación causal con el daño, aunque ella una a éste sólo con la conducta grupal y no con la del responsable inmediato. Pero no hay dudas de que la actividad de uno de los integrantes del colectivo es la que causa el daño, aunque no se sepa cuál de todos ha sido. En suma, que la causalidad sea alternativa no significa que no exista causalidad y en la situación resuelta por el Tribunal Supremo no se ha comprobado que exista este nexo causal entre el incendio y la conducta de alguno de los demandados.

En definitiva, adhiero tanto a la opinión del Tribunal Supremo como a la de MARTÍN CASALS y RUDA: la causalidad alternativa (y la responsabilidad colectiva, por ende) requiere certeza, no ya del autor material, sino de la acción u omisión grupal que se encuentra en la base del daño causado, certeza a la que se llega precisando cuál ha sido la conducta colectiva a partir de la cual uno

de los integrantes del conjunto provoca ese daño. Por lo mismo, la resolución en comento no se pronunció acerca de un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, sino que lo hizo respecto de un caso de causalidad desconocida o inexistente.

Para finalizar con esta revisión jurisprudencial contraria a la responsabilidad colectiva, señalemos que el Tribunal Supremo dictó la sentencia de 22 de abril de 2002 (RJ 3312). El asunto resuelto consistió en una demanda interpuesta por la víctima de las lesiones causadas por una silla metálica que cayó, en un edificio, desde 21 metros de altura. La silla estaba siendo utilizada por una empresa contratada por el propio demandante para efectuar la instalación de una chimenea. La demanda se dirigió contra la empresa y contra tres personas físicas, ajenas a aquella, con quienes el ofendido mantenía un conflicto a causa de un taller mecánico de su propiedad instalado en la planta baja del edificio. La Audiencia Provincial consideró acreditado en el proceso que los tres sujetos tiraron negligentemente de las cuerdas que sujetaban las sillas metálicas, pero no cuál de ellos fue el que, en concreto, tiró de la cuerda que hizo caer la silla, por lo que desestimó la demanda. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia y desechó la pretensión del actor. Los principales argumentos jurídicos de la sentencia en este sentido son los siguientes:

- a) *“...no está demostrado que la acción u omisión culposa (tirar de las cuerdas que sujetan las sillas) produjesen el resultado, pues, como vimos, se desconoce si la silla que cae al suelo era de la que tiraban los vecinos...Por lo que, si no podemos conectar acción y resultado aquella culpabilidad o negligencia teórica carece de significación”.*
- b) *“Sólo cuando se hubiese demostrado que don Rafael Z.B. tira de la cuerda y como consecuencia cae la silla o, que igual conducta hubiesen realizado don Diego H.R. o doña Pilar H.P., se podría concluir la atribuibilidad del resultado y las consecuencias que a nivel indemnizatorio deriven del mismo”.*
- c) *“...si no puede anudarse o conectarse la conducta con el resultado no será éste atribuible a los demandados a título individual...Es este hecho constitutivo de la pretensión y correspondía acreditarlo a don Antonio A.V., por más que la*

jurisprudencia del Tribunal Supremo haya tendido a la objetivización de la responsabilidad de que hablamos a través de la inversión de la carga de la prueba y el agotamiento de la diligencia, pues, siempre queda a salvo en la doctrina repetida los criterios de moderación y la presencia permanente de que la responsabilidad del art. 1902 deriva de la culpa o negligencia”.

“En suma, aun estando demostrado que la causa de la caída de la silla fue la conducta de alguno de los vecinos, y que todos ellos actuaban de la misma forma, aunque tiraban de cuerdas diferentes; a pesar de resultar identificados los sujetos que desarrollaban esa conducta; y aunque la propia Audiencia no duda en calificar como negligentes a todos los demandados, la solución es desestimatoria...”¹⁶⁴.

En definitiva, y a pesar de lo constante que ha sido la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo, en condenar solidariamente a los miembros de un grupo desde el año 1983 en adelante, es posible encontrar sentencias que se alejan de la tendencia mayoritaria. En todo caso, quiero insistir en el concepto expresado más arriba: de ninguna manera estas excepciones parecen constituir un retroceso o una variación en el pensamiento de la doctrina jurisprudencial, para la cual la responsabilidad colectiva parece ser una tendencia definitivamente consolidada como solución a los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo.

3.1.4. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA ESPAÑOLA

El análisis el panorama doctrinal español correspondiente al tema de la responsabilidad colectiva no nos proporciona un campo muy amplio en el cual desenvolvemos. Por alguna razón que no se visualiza del todo bien, este tema no ha suscitado entre los estudiosos de España un especial interés por analizarlo de manera extensa y así ahondar en las múltiples aristas que esta forma de responsabilidad ofrece. De hecho, solamente existe en la literatura jurídica española

¹⁶⁴ ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexos causales...*, op. cit., pág. 64.

una monografía que trate exclusivamente al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo¹⁶⁵. Quizás la relativamente reciente aplicación de la fórmula de la responsabilidad colectiva por parte de los tribunales ha significado un descubrimiento muy incipiente de las posibilidades del tema; o quizás las complicaciones que esta forma de daño plantea desincentivan estudios más exhaustivos; o también es posible que los autores den por cerrado su estudio con los parámetros que la jurisprudencia ha establecido. Cualquiera que sea la razón, me parece que el interés científico de esta materia, su tremenda contemporaneidad y su importancia práctica merecen un estudio más extenso que los ya hechos, sin que por ello sean menos meritorios los aportes existentes.

El estudio de la doctrina científica española pertinente permite constatar que existen dos posiciones muy claras sobre qué camino tomar frente a un caso de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo. Por una parte, están las ideas del profesor Fernando PANTALEÓN, quien, a la luz de los preceptos legales existentes en la legislación, fundamentalmente el Código civil, niega la posibilidad de aplicar a esta especie de daños la fórmula de la responsabilidad colectiva. La opinión del ilustre tratadista ya la he expuesto de forma parcial, al examinar la situación legal y jurisprudencial del daño en cuestión, ocasión en la cual he reproducido parte de su parecer. A fin de presentar de modo más completo su pensamiento, resumiré los principales aspectos del mismo, que el autor ha volcado en las obras en que ha tenido intervención¹⁶⁶.

El gran argumento que invoca PANTALEÓN para desechar la responsabilidad colectiva en aquellos casos que no se encuentre expresamente establecida es, precisamente, la ausencia de una disposición en el Código civil que la establezca con carácter general para tales supuestos. Rechaza que pueda entenderse en ese sentido y con esa función al artículo 1910 del mismo cuerpo legal, como lo ha

¹⁶⁵ La ya a estas alturas recurrentemente citada obra de Virginia MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*.

¹⁶⁶ PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, *op. cit.*, pág. 139, nota 90; “Comentario de la STS del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983”, *op. cit.*, págs. 405 y ss.; “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 1983 y 1984; y “Causalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Cívitas, 1995, pág. 975.

propuesto la jurisprudencia, puesto que, como ya se dijo, este artículo originalmente tuvo una redacción que contemplaba la condena solidaria de un grupo por un daño de autor determinado, pero fue dejada de lado en el texto definitivo, lo que, a su juicio, demostraría que la intención del codificador fue rechazar la responsabilidad colectiva¹⁶⁷. Asimismo, descarta que se pueda aplicar por analogía otros preceptos similares del Código, tales como los artículos 1564, 1783 y 1784, puesto que ellos se encargan de reglamentar situaciones especiales y con características propias.

De hecho, PANTALEÓN es especialmente reacio a aplicar por la vía analógica a supuestos no reglamentados expresamente la única disposición que regula directamente el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y que impone la responsabilidad colectiva a los integrantes de éste, cual es el artículo 33.5 de la Ley de Caza, puesto que se trata de un norma prevista para una actividad sujeta a la contratación obligatoria de un seguro¹⁶⁸. Por lo tanto, en una postura más flexible, afirma que, de extenderse por analogía este artículo a otras actividades, debería hacerse únicamente a aquellas cubiertas por un seguro obligatorio, y en la medida que se cumplan aquellos requisitos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas han exigido para hipótesis de esta especie, que estudiaremos más adelante a propósito de la situación en Alemania de la responsabilidad colectiva. Finalmente, con muchas dudas admite que podría aplicarse también la Ley de Caza a actividades cubiertas por seguros voluntarios, con base en la equiparación que el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece entre aquellos y los obligatorios respecto del tercero dañado¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MÚRTULA, en una opinión que comparto, sostiene que con la supresión de la responsabilidad grupal de todos los habitantes de la casa el codificador simplemente ha obviado un párrafo que consideró innecesario al resolver el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo mediante la responsabilidad del cabeza de familia, por lo que buscar otra interpretación distinta es ir más allá de la intención del legislador de 1889 (*op. cit.*, pág. 73). Además, en un caso como este, agrego por mi parte, no se vislumbran razones por las cuales el intérprete deba estar condicionado por decisiones tomadas hace más de ciento veinte años.

¹⁶⁸ En el mismo sentido, DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 66.

¹⁶⁹ Artículo 76: “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las acciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del

En fin, el autor opina que, fuera de los casos recién mencionados, no procede imputar responsabilidad solidaria a los miembros del grupo y que, por el contrario, lo correcto no sería más que absolver a todos ellos, a menos que a su respecto se pudiese comprobar la existencia de coautoría, entendiendo que ella es un acuerdo de voluntades en relación a la realización de la actividad realizada en común y que crea el riesgo concretado a través de uno de los integrantes del colectivo.

La otra tendencia que se observa en la doctrina española es la que sustentó inicialmente el profesor Ricardo DE ÁNGEL, a partir de su estudio “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, y que es favorable a la condena solidaria de todos los miembros de un grupo cuando el daño es causado por uno de sus integrantes cuya identidad no ha sido comprobada. Eso sí, las dificultades que plantea adoptar esta solución y las complejidades técnico-jurídicas que ella presenta no pasan inadvertidas para este jurista. Refiriéndose a las dos sentencias que motivaron su trabajo recién citado y sus análisis posteriores¹⁷⁰, y que ya he reseñado en otra parte de este trabajo¹⁷¹, DE ÁNGEL admite que “...el autor de estas líneas no se atreve a tomar partido de forma decidida por ninguna de las dos resoluciones, sanamente inspiradas como están ambas por el deseo de acertar y aptas para brindar argumentaciones para el gusto de todos, a pesar de lo antagónico de sus conclusiones”¹⁷².

La opinión favorable a la responsabilidad colectiva que, a pesar de las dudas manifestadas, ha expresado el autor, va por el siguiente camino. DE ÁNGEL sostiene que el fundamento de la condena solidaria de los miembros del grupo se encuentra en lo que él denomina la “doctrina de la actividad colectiva

perjudicado y las excepciones que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

¹⁷⁰ DE ÁNGEL, “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *op. cit.*, pág. 281 y ss.; “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, pág. 975 y ss.; y *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 864 y ss.

¹⁷¹ *Vid. supra*, 3.1.3.

¹⁷² DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 59.

peligrosa” o “del peligro originado por una colectividad”, que define de la siguiente manera: “cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo”¹⁷³. Es decir, la base de la responsabilidad colectiva estaría, según el tratadista, en la creación por parte del grupo de un riesgo para terceros, siendo esta actividad, por lo mismo, ilícita o antijurídica. Así, si varios individuos disparan en forma descuidada en medio de la práctica de actividades de caza y uno de ellos lesiona a otra persona, todos ellos serán responsables por realizar una actividad antijurídica común.

DE ÁNGEL no se desentiende del más complejo problema que viene unido al daño causado por miembro indeterminado de un grupo, el de la relación de causalidad, porque, como el mismo autor lo reconoce, es evidente que del actuar todos en forma peligrosa no deriva de forma directa el daño que con seguridad sólo uno produjo. Para este tratadista el problema se solventa desde una doble perspectiva. Por una parte, le parece dudoso que en realidad estemos frente a un problema causal, puesto que, en su opinión, el nexo causal sólo aclara si se responde o de qué se responde, pero no quién responde. En otras palabras, la función de la relación de causalidad es determinar si aquel que conocidamente actuó deberá responder de todas las consecuencias que surgen de su comportamiento, que entra en juego cuando se ha precisado quién es el o los sujetos a quienes se atribuirá la responsabilidad. Como ésta se imputa al grupo, el nexo causal entre la actividad conjunta y el daño tendrá como objetivo precisar hasta donde responde ese grupo. Pero con el nexo causal no se persigue necesariamente saber quién es el autor directo de ese daño.

Por otra parte, recomienda este profesor no restringir la interpretación del nexo de causalidad, puesto que fórmulas jurídicas tan o más osadas que la responsabilidad colectiva ya han sido puestas en marcha hace varios

¹⁷³ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 74.

años por la jurisprudencia de países cuyo Derecho de daños se apoya firmemente en la culpa y los criterios subjetivos de imputación de responsabilidad.

En cuanto a la justificación de una solución de esta índole, el tratadista invoca razones de carácter tanto jurídico como sociológico: la injusticia de atribuir al perjudicado la prueba diabólica acerca de quién fue el autor material del daño, así como el absurdo al que conduce la circunstancia de que si el autor es conocido haya lugar a resarcimiento y de que, en cambio, éste no proceda cuando sólo existe una muy fundada posibilidad de que cualquiera haya sido el causante del daño.

Finalmente, DE ÁNGEL afirma que, apreciadas las cosas desde el punto de vista de los integrantes del grupo, “habría lugar a un juicio de reproche suficiente para justificar la solución apuntada en el hecho de que ellos se hubiesen prestado voluntariamente, en provecho propio o con atisbos de intención de causar *algún* daño –e incluso sólo por razón de la simple ligereza en el comportamiento-, a una acción cuya peligrosidad se encarga de acreditar el resultado producido”¹⁷⁴.

Como bien lo ha observado MÚRTULA¹⁷⁵, la conclusión inmediata que se obtiene del análisis del pensamiento DE ÁNGEL es que la responsabilidad colectiva así concebida no es más que un supuesto de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo creado por los miembros del grupo al llevar a cabo una actividad potencialmente peligrosa, que se concreta en el comportamiento de uno de ellos. El riesgo es el factor a considerar al momento de imputar responsabilidad al grupo, parece decirnos el reputado profesor, lo que se reafirma al recordar la advertencia que nos hace respecto a la implementación de la responsabilidad colectiva en sistemas fielmente seguidores de los criterios culpabilísticos de imputación subjetiva.

¹⁷⁴ DE ÁNGEL, "Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo", *op. cit.*, págs. 290 y 291.

¹⁷⁵ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 75, y “La imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de autoría incierta”, *op. cit.*, pág. 1215, nota 14. En el mismo sentido, DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 302.

Fuera de estas dos grandes líneas de pensamiento en torno a la responsabilidad colectiva, es importante destacar el aporte del profesor DÍEZ-PICAZO¹⁷⁶, quien claramente adhiere a la condena solidaria de los miembros del grupo, solución a cuyo fundamento ha agregado algunos criterios jurídicos propios que le sirven de respaldo teórico. Así, y en primer término, el autor especifica que aquellos riesgos creados por un grupo, a los que también se refiere DE ÁNGEL, deben ser riesgos de carácter especial, que aumenten de algún modo los riesgos generales de la vida, específicamente los propios de la actividad empresarial. En segundo lugar, afirma que en el sistema de responsabilidad extracontractual español existen un conjunto de normas que han adquirido vigencia con posterioridad al artículo 33.5 de la Ley de Caza, tales como el artículo 27.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos -actualmente reunidos en el artículo 132 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-, que permiten obtener una regla por la cual se impute una responsabilidad solidaria a todo un conjunto de personas cuando un daño se ha originado en las actividades de ese grupo, a menos que cada uno de ellos se exonere probando a su respecto la inexistencia de un vínculo causal o de una imputación objetiva en relación con él. En fin, agrega que esta regla será operativa en la medida en que el daño derive de una situación de carácter espacio-temporal en la que concurren unos determinados grupos o números de personas a la producción del daño, sin que sea necesario para ello especiales acuerdos de voluntades, sean expresos o tácitos, aunque sí que la conducta de cada uno de los agentes haya formado parte de un acaecimiento unitario desde el punto de vista espacio-temporal. Además, será preciso que las condiciones de imputación subjetiva y objetiva se den respecto de todos ellos, de manera que si la responsabilidad se basa en la culpa, se pueda atribuir culpa a todos y que si la responsabilidad se origina en el riesgo, se trate de un riesgo que todos los integrantes hayan contribuido a crear.

¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, págs. 163 a 168.

Del mismo modo, MEDINA ALCOZ, quien en un trabajo de reciente data ha dedicado un buen número de páginas a la responsabilidad colectiva, no parece poner reparos a esta vía de solución al daño de autor anónimo, aunque recalca que, en su opinión, ésta no se funda en explicaciones tales como un atentado a un bien de la personalidad, o que el grupo al que pertenecían los eventuales autores constituye una entidad a la que pueda imputársele el daño para la posterior distribución social de la deuda resarcitoria, o que los posibles causantes respondan por un riesgo creado, o porque a su respecto opere una presunción legal de causalidad. Para este autor, es suficiente concluir que con la responsabilidad colectiva lo que se persigue por el legislador es articular para una serie de casos un sistema causal diferenciado que admite responsabilidades basadas en causalidades posibles o hipotéticas¹⁷⁷.

En otras palabras, MEDINA ALCOZ apoya la idea de que la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo no es más que la manifestación de una decisión legal (o judicial, habría que agregar) en orden a introducir en el sistema de responsabilidad extracontractual la atribución de responsabilidad a una serie de individuos cuya vinculación causal con el daño sea incierta o no haya sido objeto de comprobación. Así, el autor adiciona al debate la posibilidad de que la flexibilización del nexo causal, a través de figuras como la responsabilidad colectiva, pero también de otras, como la teoría de la pérdida de la oportunidad, llegue a niveles tales que signifique la directa derogación del requisito de la causalidad¹⁷⁸.

Las opiniones que he expuesto en este apartado constituyen las principales tendencias de la doctrina española acerca del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y la responsabilidad colectiva, proporcionadas por los autores que han delineado de manera más profunda y elaborada los fundamentos y características de estas figuras, sea que apoyen o rechacen su

¹⁷⁷ MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, op. cit., pág. 436.

¹⁷⁸ MEDINA ALCOZ, pág. 399 y ss.

aplicación¹⁷⁹. En lo que respecta al resto de la doctrina, podemos decir que la tendencia es mayoritariamente favorable a la tesis seguida por la jurisprudencia española más moderna, consistente en condenar solidariamente a todos los miembros del grupo por el daño causado por uno de sus componentes, aunque reitero mi observación inicial en cuanto a que la mayoría de los trabajos que se pueden encontrar sobre la materia no indagan con toda la profundidad posible en el tema. Además, es notoria la influencia que en la mayoría de los civilistas que han dedicado líneas a esta forma de responsabilidad han tenido los escritos y las opiniones vertidas en ellos por el profesor Ricardo DE ÁNGEL¹⁸⁰.

¹⁷⁹ No quisiera dejar de hacer algún comentario acerca del trabajo de la profesora MÚRTULA, por tratarse de la única autora nacional que ha escrito una monografía acerca de este tema. En tal sentido cabe afirmar que la autora es, en general, partidaria de la aplicación de la responsabilidad colectiva como solución al daño en estudio, aunque aporta opiniones propias respecto de muchas de las cuestiones que se han comentado en estas páginas. Los aspectos más importantes de su pensamiento se han comentado y se seguirán tratando en este trabajo, en la medida de lo pertinente.

¹⁸⁰ Además de los trabajos que hemos mencionado en este capítulo, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", "Actuación dañosa de los grupos", "Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo", y en su obra *Teoría de la responsabilidad civil*, Ricardo DE ÁNGEL ha escrito sobre este tema en "Comentario del artículo 1902 del Código civil", en *Comentario del Código civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2001 págs. 454 a 456. Fuera de los textos y autores citados a lo largo de este capítulo, digamos que también le han prestado atención, de manera más o menos extensa a nuestro tema, y en sus respectivos ámbitos de estudio, entre otros, Díez-PICAZO, "La responsabilidad civil hoy", *op. cit.*, págs. 733 y 744; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 616; DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, *op. cit.*, págs. 270-316; ROCA Y TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, *op. cit.*, págs. 142 y 143; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, págs. 416 a 420; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 334 a 339, y "Comentario del artículo 1902 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXIV, 1984, págs. 193 a 196; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, Editorial Bosch, 1999, págs. 100 a 102; PEÑA LÓPEZ, Fernando, "Comentario del artículo 1902 del Código civil", en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 2124; PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, tomo II, Editorial Bosch, 1995, págs. 949 a 956, y "Tendencias actuales del Derecho de daños", en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán, coordinador, Editorial Bosch, 1992, págs. 99 a 112; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, volumen III, Editorial Bosch, 1983, pág. 203, y *Compendio de Derecho civil*, Editorial Bosch, volumen II, 1994, pág. 663; GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, 1992, págs. 393 y ss.; "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en *Lecciones de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 123 a 125, y "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", *op. cit.*, págs. 416 a 421; LACRUZ BERDEJO, y otros, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 488; DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*, *op. cit.*, págs. 154 y 155; SOTO NIETO, Francisco. *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, *op. cit.*, págs. 90 y 91; GRIMALT SERVERA, Pedro, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, 1999, pág. 330; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001, págs. 300 y ss.; MÚRTULA, "Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil", *op. cit.*, págs. 1 y ss.; RUDA, Albert, "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", *InDret*, agosto de 2003, págs. 10 a 12, y "Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado", *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N° 19, septiembre de

2004, pág. 8; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, 2002, pág. 976; MORENO QUESADA, Bernardo y otros, *Curso de Derecho civil*, Bernardo Moreno Quesada (Coordinador), volumen II-2º, Tirant Lo Blanch, 1998, pág. 493; GONZÁLEZ MOLINA, María Dolores, *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 60 y ss.; FERRANDO GARCÍA, Francisca María, *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Tirant Lo Blanch, 2001, págs. 107 a 109; REGLERO CAMPOS, Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, págs. 317 y 318, y “La ‘conducta’ o la negligencia del perjudicado en la nueva ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en *Aranzadi Civil*, tomo III, 1997, págs. 161 a 164; CAFFARENA, “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *op. cit.*, pág. 60; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén, *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor*, Granada, 2001, págs. 117 y 118; PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, 1990, pág. 426, y *Curso de Derecho civil, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Pedro de Pablo Contreras y otros (coordinadores), Editorial Colex, 2001, págs. 820 y 821; ÁLVAREZ LATA, Natalia, “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *Revista de Derecho privado*, noviembre de 2002, pág. 818; MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, 2001, págs. 103 a 108; FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón, “Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores”, en *Extinción de obligaciones*, José Ramón Ferrándiz Gabriel, director, Madrid, 1996, págs. 557 y 558; LÓPEZ RICHART, Julián, *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, 2003, pág. 104 y ss., y “Demandas de responsabilidad del enfermero en el orden civil. Criterios jurisprudenciales”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007, págs. 1205 y 1206; LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 419 a 421; AZAGRA MALO, Albert, “Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de riesgo”, N° 355, julio de 2006, pág. 1 y ss., “Regreso a la solidaridad”, N° 394, enero de 2007, ambos en *InDret*, www.indret.com, y *La tragedia del amianto y el Derecho español*, Editorial Atelier, 2007, pág. 104 y ss.; GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 375 y ss.; MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 115 y ss.; y GARNICA MARTÍN, “Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil”, *op. cit.*, págs. 17 a 19. Menciono todos estos autores y obras sin perjuicio de aquellos que vayan a citarse en los Capítulos VII y VIII de esta investigación, a propósitos de los posibles supuestos especiales de responsabilidad colectiva en el Derecho civil español.

CAPÍTULO CUARTO

LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1. Alemania 2. Francia 2.1. La jurisprudencia 2.2. La doctrina 2.3. El Anteproyecto de reforma del *Code* 3. Italia 4. *Common Law* 5. Latinoamérica 6. Otras latitudes 7. Un proyecto supranacional: los “Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil”

El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo también ha sido objeto de análisis en otras latitudes, quizás hace mucho más tiempo y con más densidad científica que en España. Si hubiera que elaborar ciertos parámetros que describieran la tendencia general en relación a esta forma de daño en los países de Europa continental (herederos del *Code*), en América Latina o en aquellos que forman parte del *Common Law*, lo más probable es que serían muy similares a los que se observan en España: ausencia de reglas legales de carácter general (con las notables excepciones de los códigos civiles de Alemania y Holanda), discrepancias doctrinarias en cuanto a sus características y una jurisprudencia proclive a su solución mediante la fórmula de la responsabilidad colectiva. Sin embargo, lo cierto es que es posible encontrar en otros ordenamientos respuestas legales, opiniones, propuestas y sentencias de gran valor para apoyar una visión de una forma de daño que no puede dejar de estudiarse.

Con esta idea en mente, inmediatamente me ocuparé de analizar las diversas soluciones que se han dado al problema de la responsabilidad colectiva en países tanto de Europa como de América y que pueden proporcionar una visión un poco más global del tema, al tratarse de visiones correspondientes a sistemas jurídicos de países con mayor o menor cercanía geográfica a España, pero que pueden tener cierta similitud, dependiendo de las particulares circunstancias nacionales de cada uno de los ordenamientos que mencionaremos.

1. ALEMANIA

Lo primero será analizar alguna legislación que establece directamente la fórmula de la responsabilidad colectiva. Dentro de ellos, sin duda el paradigma para el estudio de esta materia es el Código civil alemán (BGB), que contiene una norma que resuelve expresamente el inconveniente de determinar el autor material único de un daño, cuando éste forma parte de un grupo claramente de potenciales causantes, cual es el parágrafo 830 de ese cuerpo legal, el cual señala expresamente: “Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quien, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción. Los instigadores y los partícipes están en la misma situación como coautores”¹.

El parágrafo 830 contiene diversas hipótesis de la intervención de varias personas en un hecho ilícito. Específicamente, trata tres situaciones:

- Si varias personas cometen un hecho dañoso en forma conjunta, mediante cooperación voluntaria y consciente, entonces cada uno es responsable por todo el perjuicio, con independencia del modo y extensión de su contribución al hecho (parágrafo 830.I.1), lo que constituye la figura de coautoría. La ejecución en conjunto del acto delictivo justifica la imputación recíproca de las contribuciones al hecho.
- Enseguida, el parágrafo 830.I.2 prescribe que si varias personas participaron finalmente en la creación de un daño como agentes independientes, de tal manera que uno de ellos necesariamente causó el siniestro, pero no se puede determinar quién es el causante, entonces a cada uno le corresponde también una responsabilidad completa por el daño causado. De esta manera, se protege al perjudicado de que no se pueda imponer un derecho a indemnización por daños a

¹ “1. Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.
2. Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich”.

La traducción está tomada de la obra de Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil Alemán comentado (BGB)*, Marcial Pons, 1998, pág. 263.

los potenciales autores debido a la incertidumbre de la circunstancia de la causación. Esto es lo que la doctrina alemana conoce como causalidad alternativa².

- Finalmente, el parágrafo 830.II dispone que los instigadores y los cómplices serán considerados como coautores.

La regulación que el BGB hace de la llamada causalidad alternativa, como ya se ha dicho, implica que si varios sujetos participaron independientemente en la creación del daño, en forma tal que no se puede determinar quién de ellos ocasionó realmente la lesión, entonces cada uno de ellos cargará con toda la responsabilidad del daño producido (responsabilidad solidaria)³, a causa de la mera posibilidad de que su comportamiento lo hubiera provocado⁴. De

² La jurisprudencia alemana ha tenido la oportunidad de aplicar esta regla a numerosas hipótesis de causalidad alternativa, de la más variada naturaleza. Algunos ejemplos: heridas causadas en un tiroteo, apedreamiento o similares, especialmente en riñas a cuchilladas, siempre que no se haya tratado de una figura de coautoría, subsumible en el parágrafo 830.I.1; heridas que pudieron ser causadas por disparos de varias personas que actuaron de manera independiente; responsabilidad de varios propietarios, por cuyos terrenos pasa un camino abandonado tenido en malas condiciones, a consecuencia de lo cual un peatón sufre daños en una zona limítrofe y no se puede determinar en cuál parte del terreno aconteció el accidente; responsabilidad por los materiales de mala calidad utilizados por el proveedor y la empresa que construyó un edificio de manera deficiente, lo que causa un derrumbamiento que se puede basar en el comportamiento tanto de uno como del otro; responsabilidad de varios ganaderos por el contagio de animales de propiedad del afectado, debido al suministro de animales provenientes de existencias contaminadas; responsabilidad, en general, cuando los animales de varios ganaderos se consideran como causantes de un perjuicio; supuestos de accidentes de tránsito, en los que las heridas de la víctima pudieron ser causadas por varias conductores, sin que fuese posible identificar al o los responsables.

³ Así, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia. En contra se manifestaba VON TUHR, para quien esta responsabilidad debería tener el carácter de mancomunada (*Tratado de las obligaciones*, tomo primero, Editorial Reus, 1999, págs. 294 y 295).

⁴ Ricardo DE ÁNGEL hace notar que para la mayoría de los especialistas alemanes el ámbito de aplicación de esta norma se reduce fundamentalmente a los casos de riña tumultuaria, exigiendo algunos que la conducta común y grupal sea constitutiva de delito, aunque también nos hace ver el pensamiento de ENNECCERUS, quien cree que se trata de un criterio muy restringido y considera que es una regla perfectamente aplicable a daños causados en juegos notoriamente peligrosos para el público o a quien dispara con otros sobre una pieza de caza, hiriendo a un tercero, aunque no viole la reglamentación respectiva (“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, N° 1, julio de 1983, pág. 38). De hecho, el mismo autor alemán afirma que “la causa del daño puede proceder de una manera independiente de varios, ya porque el daño hubiera sido producido por el acto de uno aun sin los actos de los demás (dos cazadores furtivos sin cooperación consciente disparan simultáneamente sus armas contra el guardabosques con efecto mortal...), ya porque cada uno (sin cooperación consciente) realiza una de las condiciones por cuya conjunción se produce el resultado (uno deja imprudentemente una cantidad de pólvora y el otro la hace explotar por negligencia...” (ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, Bosch, 1935, pág. 678).

esta manera, los perjudicados por un hecho que, en principio, supone una indemnización, se despojan de los inconvenientes probatorios que supone el anonimato del autor material⁵. En otras palabras, el parágrafo 830.I.2 contempla un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad, la que se traslada desde la víctima a los posibles causantes del daño, creando una verdadera presunción de causalidad a favor del ofendido, sin prescindir por ello del nexo causal, como se sostuvo en algún momento⁶. En otras palabras, y tal como señala MEDICUS, la incertidumbre sobre la causación no debe alcanzar al perjudicado, sino al causante del daño⁷. En todo caso, se trata de una presunción desvirtuable, desde el momento que cualquiera de los participantes la puede refutar mediante la comprobación de que su conducta no pudo haber causado el daño⁸.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que sólo el punto de vista del problema probatorio que supone esta clase de daño para el perjudicado no basta como para imponer a alguien la obligación de indemnización de un daño que quizás ni siquiera provocó⁹. Así, se ha dicho que para la adecuada comprensión del precepto y la limitación de su alcance de aplicación, es necesario, por ende, desentrañar el sentido exacto de su propósito, precisado especialmente por el trabajo de la jurisprudencia y la literatura jurídica. Éste se podría encontrar en la siguiente idea: si un perjuicio se basa con seguridad en un comportamiento que fundamenta la

⁵ MÜHL, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, volumen III, Berlin, 1985, pág. 901; ULMER, Peter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo V, München, 1997, pág. 1768.

⁶ Por ejemplo, Pietro TRIMARCHI afirma que la regulación que el BGB hace de la causalidad alternativa implica una renuncia al requisito del nexo causal, sustituyéndolo por una causalidad solamente posible (*Causalità e danno*, Milán, 1967, págs. 10 y 11).

⁷ MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligaciones*, tomo I, Bosch, 1995, pág. 805; JAKOBS, Horst Heinrich, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Walter de Gruyter, 1983, pág. 930; DEUTSCH, Erwin, *Haftungsrecht*, Carl Heyemanns Verlag, 1976, pág. 350; SCHWEINBERGER, Eugen, “Le lien de causalité”, *Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*, René Rodiere, director, Paris, 1983, págs. 205 y 206.

⁸ SCHLECHTRIEM, Peter, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Tübingen, 1987, pág., 323; JAKOBS, *op. cit.*, pág. 931; LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 625; SCHWEINBERGER, “Le lien de causalité”, *op. cit.*, pág. 206; SCHÄFER, Karl, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, (§ 830), 12. Auflage, Berlin, 1986, pág. 721 y ss.; y ULMER, *op. cit.*, pág. 1776.

⁹ MÜHL, *op. cit.*, pág. 902. DE ÁNGEL ha dicho, en este sentido, que “es verdad que quien pruebe no haber cometido el hecho queda exonerado de responsabilidad, pero también lo es que, si esta prueba no existe, todos los participantes se consideran responsables aunque sólo uno de ellos (que queda desconocido) ha ocasionado el daño y aunque los demás no hubiesen cooperado ni siquiera mínimamente” (“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 39).

responsabilidad, pero no se puede asegurar cuál fue el autor del perjuicio, porque más implicados causaron situaciones de peligro independientes, propicias para el fundamento de una obligación a la indemnización, y que pudieron haber causado el daño, entonces parece más adecuado, en la relación entre la víctima y cada uno de los implicados, imponer una responsabilidad, en vista de su comportamiento peligroso, que impedir el derecho a indemnización del perjudicado, vigente en cualquier caso¹⁰. En otras palabras, el fundamento de la solución se encuentra en la creación por parte de todos los involucrados de un riesgo a través del desarrollo de una actividad de peligro, que se concreta mediante la conducta de uno de ellos, quien permanece sin identificar¹¹. De hecho, se sostiene que usualmente se veía con frecuencia en el precepto del párrafo 830.I.2 una norma especial sobre la carga de la prueba tocante a la causación. Sin embargo, cabe señalar que últimamente cierta doctrina supone en gran parte que se trata de una causa de responsabilidad material independiente¹².

La responsabilidad que previene el párrafo 830.I.2 del BGB debe aplicarse en ciertas circunstancias y en determinadas condiciones, sobre las que es conveniente entrar en cierto detalle¹³. En primer lugar, es evidente que para su nacimiento es indispensable que uno de los agentes involucrados haya causado con seguridad el daño, aunque no se sepa cuál de ellos, de manera que cada uno de los sujetos intervinientes en la actividad de riesgo –quienes deben estar, en todo caso, plenamente identificados, de lo contrario la regla no será aplicable¹⁴- pueda ser el

¹⁰ MÜHL, *op. cit.*, pág. 902.

¹¹ Así, HEDEMANN, J.W., *Derecho de obligaciones*, volumen III, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 545; LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 625; DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 352; SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, pág., 322; TRIMARCHI, *Causalità e danno, op. cit.*, pág. 11; MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, pág. 49; ULMER, *op. cit.*, pág. 1768.

¹² Por ejemplo, MÜHL, *op. cit.*, pág. 902.

¹³ MÚRTULA ha sintetizado los requisitos que debe reunir un supuesto fáctico para encuadrarse en el ámbito del párrafo 830: a) que varias personas hayan cometido con independencia unas de otras una conducta peligrosa para el círculo jurídico de la víctima; b) que uno de los actos peligrosos realizado por el grupo de personas demandado haya producido efectivamente el daño; c) es necesario que el acto de cualquiera de las personas del grupo pudiera haber causado el daño; y, d) es indispensable que el verdadero autor del daño no se pueda determinar (*La responsabilidad civil por los daños, op. cit.*, pág. 43). *Vid.*, asimismo, MAGNUS, Ulrich, “Causation in German Tort Law”, en *Unification of Tort Law: Causation*, Jaap Spier, coordinador, Kluwer Law International, 2000, pág. 68 y ss.

¹⁴ MÚRTULA, *ob. cit.*, pág. 44.

causante de la lesión (lo que diferencia claramente esta situación de las figuras de coautoría, instigación o complicidad¹⁵)¹⁶, sea por culpa o por riesgo¹⁷, así como también, que el comportamiento de cada uno de ellos, cumpla con todas las demás condiciones de responsabilidad en cuanto esté en cuestión una responsabilidad delictiva, a excepción, como es evidente, de la relación de causalidad¹⁸.

Un aspecto interesante que ha sido objeto de numerosas discusiones en el seno de la doctrina científica y jurisprudencial alemana, es el relativo a la (in)trascendencia de que el acontecimiento dañoso constituya o no un acontecimiento temporal y espacial unitario. Recordemos que esta exigencia ha sido propuesta incluso por la doctrina española como elemento delimitador de la aplicación de la responsabilidad colectiva con base precisamente en la interpretación del precepto del código de Alemania¹⁹. No obstante, es importante señalar que si bien en cierta literatura es posible encontrar un apoyo a la idea de que el daño provenga de un hecho único²⁰, lo cierto es que hoy en día el grueso de los autores y la evolución jurisprudencial parece conformarse con exigir que el acontecimiento esté compuesto solamente por una serie de conductas relacionadas entre sí y una similitud en la comisión de los hechos²¹, aún cuando se afirma por algún tratadista

¹⁵ SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, pág., 322, y DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 350.

¹⁶ MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 805, MÜHL, *op. cit.*, pág. 902, SCHWEINBERGER, “Le lien de causalité”, *op. cit.*, pág. 206, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 625. MÚRTULA (*La responsabilidad civil por los daños*, *op. cit.*, pág. 45) ha comentado que con esta exigencia “se sustituye el requisito de la causalidad generalmente necesaria para ejercitar una acción de indemnización, por el hecho de que la conducta de cada uno de los partícipes sea adecuada para producir el resultado lesivo”.

¹⁷ MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 804; MÜHL, *op. cit.*, pág. 902. En este mismo detalle ponen énfasis en España, MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños*, *op. cit.*, pág. 45, PANTALEÓN, Fernando, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983, pág. 413, y GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992, pág. 356.

¹⁸ SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, págs. 322 y 323, DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 350, MÜHL, *op. cit.*, pág. 902, y ULMER, *op. cit.*, pág. 1775.

¹⁹ *Vid. supra*, Capítulo Segundo: 2, 2.3.

²⁰ Por todos, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 625.

²¹ En este sentido, DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 352, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 804, SCHWEINBERGER, “Le lien de causalité”, *op. cit.*, pág. 206, y ULMER, *op. cit.*, págs. 1777 y 1778. Del mismo modo, MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 47. En todo caso, debo hacer presente que en el Capítulo Segundo he incluido esta exigencia como requisito de la responsabilidad colectiva, a propósito de lo cual he desarrollado mi idea en orden a cómo debería entenderse y que características debería reunir (*Vid. supra*, Capítulo Segundo: 2, 2.3.).

que la doctrina científica, de todos maneras, es más severa a la hora de requerir esta relación que los propios tribunales²².

Del mismo modo, se ha entendido que no es necesario que entre las personas en cuestión exista una relación subjetiva, de manera que cada uno estuviera o debiera estar al corriente del comportamiento del otro²³. La razón para rechazar esta posibilidad se encuentra en que “una participación consciente en un acto peligroso justifica una corresponsabilidad de todos los partícipes que no admite una prueba de descargo, aproximando de esta forma el supuesto del inciso segundo al del inciso primero del parágrafo 830, relativo a la autoría”²⁴. Asimismo, tampoco se ha incluido dentro de los elementos necesarios para la aplicación de la norma en estudio que la actividad que origina el daño constituya un comportamiento ilícito en sí mismo²⁵.

También la doctrina y la jurisprudencia alemanas se han preocupado de depurar el ámbito de aplicación del parágrafo 830.I.2 y así delimitar de manera más precisa su campo de acción. De esta manera, se ha dicho que no entra en juego este precepto cuando no está claro que al perjudicado le corresponde de todas maneras un derecho a indemnización de parte de uno de los posibles causantes del daño²⁶. Ese es el caso, por ejemplo, cuando el daño puede ser causado incluso por un incidente ocasional del que nadie se hace responsable, así como tampoco opera cuando, respecto de alguno de los autores potenciales del perjuicio, falta algún elemento necesario para obligarlo a la indemnización, como, por ejemplo, si se trata de un sujeto inimputable o favorecido por alguna causal de exculpación²⁷. Asimismo, se ha afirmado que el parágrafo 830.I.2 tampoco sería

²² SCHWEINBERGER, “Le lien de causalité”, *op. cit.*, pág. 206.

²³ DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 352, MÜHL, *op. cit.*, pág. 903, y ULMER, *op. cit.*, pág. 1777.

²⁴ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 47.

²⁵ MARKESINIS, B.S., *A comparative introduction to the German Law of Torts*, Oxford, 1994, pág. 906, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 804, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 625 y 626.

²⁶ SCHWEINBERGER, “Le lien de causalité”, *op. cit.*, pág. 206, y SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, pág. 323.

²⁷ DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 355, MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 47, y SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, pág. 323. Este último autor ha manifestado que la disposición en estudio no podría ser aplicado en casos de daños masivos o en masa, en lo que un gran número de personas resulta dañada y son mucho los potenciales causantes del daño, como sucede respecto de los daños por productos defectuosos. La explicación a esta tesis está en que supuestos como el descrito, es muy

aplicable cuando, quizás, el propio perjudicado sea el único causante del daño; en cambio, si se le considera sólo como uno de los cocausantes de su propio daño, serían aplicables las reglas sobre compensación de culpas, como elemento corrector²⁸. En fin, MÚRTULA señala que tanto la doctrina y la jurisprudencia de Alemania están de acuerdo en que si cualquiera de los demandados, de haber sido efectivamente causante del daño, no hubiera tenido que responder de él por la concurrencia de cualquier causa de justificación, deberá absolverse a todos los demás potenciales causantes²⁹.

La razón para excluir la aplicabilidad del parágrafo 830.I.2 en las hipótesis recién mencionadas, es que el precepto sólo debe proteger al perjudicado ante la incertidumbre resultante de la participación de más personas en la causación del daño, sin que sea posible hacer respetar el derecho a la indemnización del perjudicado de algún otro modo. El hecho de que varias personas hayan desplegado un comportamiento que puede provocar una responsabilidad y que entra en consideración como una causa potencial de daño, no justifica que se deba proporcionar facilidades para obtener una indemnización al perjudicado cuando, al mismo tiempo, surge también otro origen posible para el perjuicio, que de acuerdo con las reglas generales no provocarían responsabilidad civil, sino que su riesgo recae en el mismo perjudicado³⁰, como puede suceder, por ejemplo, si es que existe la posibilidad que el daño haya sido causado por causas naturales³¹.

Finalmente, señalemos que en función de su objetivo, el precepto también tiene aplicación en aquellas hipótesis en los que, como dice MÚRTULA, no se puede determinar la participación que ha tenido cada uno de los agentes en la producción del daño³². En otras palabras, aunque no se pueda

probable que los productos elaborados por cada fabricante no afecten a todas las víctimas por igual, no obstante cada productor sería obligado a responder por la totalidad de los daños.

²⁸ MÜHL, *op. cit.*, pág. 903, DEUTSCH, *op. cit.*, pág. 354, MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligaciones*, *op. cit.*, pág. 805, y MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 45. En contra, ÚLMER, *op. cit.*, pág. 1774.

²⁹ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 44.

³⁰ MÜHL, *op. cit.*, pág. 904.

³¹ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 45. También, ÚLMER, *op. cit.*, pág. 1776.

³² MÚRTULA, *ob. cit.*, pág. 45.

determinar qué parte del daño causó cada individuo en la creación del daño por varias personas, su comportamiento igualmente puede ser considerado como causante del daño en general³³. A los casos de este tipo se les conoce en la doctrina alemana como supuestos de “causalidad acumulativa”.

2. FRANCIA

En Francia³⁴, lo mismo que en España, no existe en el Código civil una norma de carácter general en su sistema de responsabilidad extracontractual que se ocupe del daño causado por el integrante indeterminado de un grupo³⁵. Ante esta omisión, es indispensable revisar cómo han tratado el tema los

³³ MÜHL, *op. cit.*, pág. 904, y ULMER, *op. cit.*, pág. 1776.

³⁴ Acerca de la situación del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en Francia, su historia y evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial, son recomendables las siguientes autores y obras: POSTACIOGLU, Ilhan, "Faits simultanés et le probleme de la responsabilité civile", en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1954, págs. 438 a 443; ABERKANE, Hasan, "Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1958, págs. 516 y ss.; DEMAREZ, Jacques, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Paris, 1967; VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Bibliothèque de Droit Privé, 1965, págs. 367 y ss.; MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, tomo II, Paris, 1970, pág. 1073 a 1076; LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilité civile*, Editorial Dalloz, 1982, págs. 209 a 212; FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc, *Les Obligations. Le fait juridique*, Paris, 1994, págs. 158 y 159; BENABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 1995, pág. 283; VINEY y JOURDAIN, *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998, págs. 204 y ss., y JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2007, pág. 67 y ss. En español se encuentran CARBONNIER, *Derecho civil*, Tomo II, Volumen III, Editorial Bosch, 1971, págs. 78 y 79; DE ÁNGEL, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", *op. cit.*, págs. 42 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997, págs. 613 y ss.; y MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, págs. 34 y ss.

³⁵ Esto no significa que no exista respecto de ciertas clases de daños una ley que prevea especialmente una regla de indemnización para daños de este tipo. Así sucede, por ejemplo, con el fondo de garantía automovilística creado por la ley de 31 de diciembre de 1951, que en su artículo 421.1 asegura la reparación a las víctimas de accidentes cuyo responsable no puede ser identificado; lo mismo acontece con el artículo 366 *ter* del Código rural, que contempla una garantía similar para las víctimas de accidentes de caza; en el propio *Code*, el artículo 1734 dispone que si un incendio tiene lugar en un inmueble habitado por varios inquilinos, todos ellos responderán por las pérdidas, aunque no solidariamente, sino en proporción al valor de la parte del edificio que habitan, a menos que alguno de ellos pruebe que el incendio se inició en una habitación determinada, o que no pudo empezar en la suya. Finalmente, no podemos dejar de mencionar la ley N° 85-677, de fecha 5 de julio de 1985, conocida como “la ley Badinter”, que introdujo trascendentes cambios en materia de legislación sobre accidentes de tránsito, fundamentalmente porque, a diferencia de lo que sucedía en el sistema anterior a esta ley, en que se requería que el automóvil que causaba lesiones a una persona en un accidente de tránsito tuviese una intervención activa en el mismo, a partir de ella basta con que ese automóvil haya estado involucrado en el siniestro, aunque sea indirectamente, para que surja su responsabilidad. Así, si la víctima sufre daños o lesiones en un accidente en el que interviene una pluralidad de vehículos tal que no es posible deslindar responsabilidades, como en los casos de colisiones múltiples, por aplicación de la ley Badinter el ofendido puede dirigir su acción contra cualquiera de los involucrados. Sobre esto último, GALAND -CARVAL, Suzanne, “Causation under

tribunales y los tratadistas, y de qué manera ha evolucionado esta materia, a partir de las soluciones propuestas.

2.1. LA JURISPRUDENCIA

Como ya se reseñó en el apunte histórico del Capítulo Primero, la evolución jurisprudencial, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX y fuertemente influenciada por la idea de que el objetivo principal que debe perseguir el Derecho de daños no debe ser otro que el aseguramiento de que la víctima obtendrá el resarcimiento por el daño sufrido, optó por alejarse de las directrices más tradicionalistas e individualistas que informaron la redacción del Código de Napoleón, de la opinión de los tratadistas franceses clásicos y de su propio criterio inicial, contrario a aceptar una fórmula como la de la responsabilidad colectiva, observándose en forma cada vez más frecuente sentencias en que se condenaba al pago de una indemnización en forma solidaria a la totalidad de los miembros de grupos cuando no era posible dilucidar cuál de sus integrantes era el causante material del daño.

En efecto, hasta la década de los 50 del siglo pasado los fallos de la Corte de Casación francesa, así como de los tribunales inferiores, rechazaban las pretensiones indemnizatorias por daños en que la identidad del autor material de los mismos no estuviese debidamente comprobada, como suele suceder en la categoría de daño en análisis³⁶. Las razones que llevaron a la jurisprudencia de Francia a asumir esta postura eran fundamentalmente dos: la imposibilidad de determinar qué individuo había cometido el hecho dañoso, lo que impedía la aplicación del artículo 1382 del *Code* (regla general en esta materia) al asunto concreto, y la incapacidad de la víctima de demostrar a cabalidad la intervención de la cosa que supuestamente causa el daño en la producción del mismo, demostración

French law”, en *Unification of Law Tort: Causation*, Jaap Spier (Coordinador), Kluwer Law International, 2000, pág. 56.

³⁶ Así, ABERKANE, “Du dommage causé para une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *op. cit.*, págs. 522 y ss.; DEMAREZ, *L’indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d’un groupe déterminé*, *op. cit.*, págs. 115 y ss.; y VINEY y JOURDAIN, *Traité de Droit Civil...*, *op. cit.*, pág. 206.

que habría hecho posible aplicar al supuesto la presunción de responsabilidad por el hecho de las cosas extraída del artículo 1384³⁷. Como se observa, la primera época de la historia jurisprudencial francesa relativa a la responsabilidad colectiva la desconocía, por aplicación estricta de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, en especial la exigencia del nexo de causalidad rigurosamente comprobado.

Los primeros correctivos a esta rígida tendencia comienzan a aparecer precisamente a mediados de la década de los cincuenta, sobre todo a partir de la clase de accidente que más frecuentemente enfrentaba a los tribunales con el daño causado el por miembro indeterminado de un grupo: los accidentes de caza³⁸. Inspirados seguramente por las voces de ciertos autores que hacían ver la injusticia que yace en el rechazo a la pretensión indemnizatoria de la víctima, los jueces franceses empezaron a ensayar una serie de fórmulas con miras a justificar adecuadamente una solución como la responsabilidad colectiva, claramente opuesta a principios tradicionales del Derecho de daños, consagrados en el propio *Code* y considerados inamovibles hasta ese entonces. El problema que presentaban estos intentos de solución es que ellos no siempre cumplían los requerimientos técnicos necesarios para constituir soluciones jurídicas válidas. Como lo ha hecho ver acertadamente DEMAREZ, se trata de soluciones que podrían más bien ser útiles a la equidad pero no son necesariamente satisfactorias para la Ciencia del derecho³⁹. De ahí que la más moderna jurisprudencia no suele recurrir a estos esbozos de solución, sin que ello signifique que hayan sido descartados del todo, como se verá.

³⁷ Las sentencias en este sentido son numerosas: Tribunal de Seine de 8 de enero de 1912; Corte de Casación de 16 de noviembre de 1914; Corte de Montpellier de 22 de diciembre de 1925; Corte de Casación de 6 de marzo de 1929; Corte de París de 24 de enero de 1931; Corte de Casación de 28 de mayo de 1935; Corte de Montpellier de 8 de noviembre de 1949 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1950, tomo 48, con comentario de Henri y León MAZEAUD; MARTY critica la excesiva rigurosidad de este fallo en su trabajo “La causalidad en la responsabilidad civil”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, N° 3, 1954, pág. 150); Corte de Nimes de 16 de noviembre de 1954; Corte de Casación de 4 de enero de 1957 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1957, tomo 55, con comentario de Henri y León MAZEAUD). Un catálogo extenso y completo de fallos de esta época se encuentra en la obra de DEMAREZ, pág. 121, nota 6.

³⁸ Así lo afirman LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, pág. 209, y MAZEAUD, *Traité théorique et pratique...*, *op. cit.*, pág. 1074.

³⁹ DEMAREZ, *op. cit.*, pág. 129.

Las fórmulas propuestas en esta etapa por la jurisprudencia francesa son las dos que se explican a continuación.

La idea de la “culpa común, colectiva o conexas”, basada no en el hecho dañoso imposible de identificar (un disparo, por ejemplo), sino en el comportamiento anterior, común a todos los miembros del grupo⁴⁰, consistente en una acción culposa o en la que no se han tomado las precauciones necesarias para evitar el daño por parte del conjunto de individuos, “lo que sería muy singular, pues la noción de culpa es individual, al menos en la pureza de los principios”, se ha comentado⁴¹. La sentencia que contempló por primera vez este criterio fue pronunciada con fecha 5 de junio de 1957, por la cual se condenó *in solidum* a un grupo de cazadores que al terminar la cacería realizó una salva de despedida, que alcanzó a un tercero, causándole lesiones, sin que pudiese determinarse el autor preciso del disparo. A pesar de haberse dictado esta sentencia a propósito de un accidente de caza, su criterio se ha utilizado también en otros casos, tales como accidentes provocados en juegos de niños, eventos deportivos, infracciones y daños causados por pandillas, entre otros⁴².

Como lo han dicho VINEY y JOURDAIN⁴³, la idea de la culpa común o conexas es cercana a la de coautoría y ha permitido a la jurisprudencia asimilar la solución propia de esta última, cual es la condena *in solidum* de todos los coautores, al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Sin embargo,

⁴⁰ CARBONNIER, *Derecho civil, op. cit.*, pág. 78, y *Droit civil, Les Obligations*, Thémis, 1995, pág. 352. También RODIERE, René, “Responsabilité”, en *Répertoire de Droit Civil*, Tomo IV, Dalloz, 1954, pág. 581.

⁴¹ MALAURIE, Philippe y AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit Civil, T. VI, Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995, pág. 119.

⁴² VINEY y JOURDAIN, *Traité de Droit civil, op. cit.*, pág. 207. Algunas sentencias que han seguido esta senda: Corte de Casación de 6 de marzo de 1968 (*Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1968, tomo 66, págs. 718 y 719, con comentario de Georges DURRY); Corte de Rennes de 14 de enero de 1971 (*Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1971, tomo 69, págs. 377 y 378, con comentario de DURRY); Corte de Orléans de 15 de octubre de 1974 (*Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1975, tomo 73, págs. 543 y 544, con comentario de DURRY); Corte de Casación de 6 de marzo de 1975, (*Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1976, pág. 141, con comentario de DURRY); Corte de Casación de 19 de mayo de 1976, (*Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1977, tomo 75, págs. 129 y 130, con comentario de DURRY). Una enumeración de sentencias de esta línea se puede encontrar en el trabajo de LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, op. cit.*, págs. 209 y 210.

⁴³ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pág. 207.

ya he expresado anteriormente las diferencias técnicas que existen entre coautoría y causalidad alternativa⁴⁴.

El segundo criterio invocado por los tribunales en Francia ha sido el de la noción de la “guarda colectiva” o “guarda en común”⁴⁵, basada en la conocida interpretación jurisprudencial del artículo 1384, párrafo primero, del Código civil de ese país⁴⁶. Así, en el supuesto de daño que nos interesa, los integrantes del grupo se consideran como guardadores de la cosa a través de la cual el daño se causa, debiendo asumir la responsabilidad *in solidum* por el mismo. Esta fórmula se aplicó por los tribunales franceses en un buen número de sentencias, especialmente a propósito de accidentes de caza, revistiendo dos modalidades. La primera de ellas se ideó a propósito de accidentes cinegéticos causados por una pluralidad de balas disparadas contra un tercero, sin que fuera viable la identificación de la munición que efectivamente provocó el daño. “No sin cierto artificio, la jurisprudencia ha admitido que las balas disparadas por los cazadores formaban un ‘haz único’ de proyectiles de los cuales los cazadores tenían la guarda

⁴⁴ *Vid. supra*, Capítulo Tercero: 1, 1.1.

⁴⁵ Acerca de la aplicación de esta noción al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, MAYER, Danièle, “La <garde> en commun”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 73, 1975, págs. 14 y ss.

⁴⁶ De acuerdo a este artículo, “se es responsable del daño causado por hecho de las personas de las que se debe responder, o de las cosas que se tiene bajo custodia”. Tradicionalmente, la segunda parte de este precepto fue interpretada como una referencia anticipada de los supuestos de responsabilidad por daños causados por los animales o por edificios (artículos 1385 y 1386). Sin embargo, la jurisprudencia amplió esta forma de responsabilidad, haciendo aplicable el artículo 1384 a daños causados por cualquier cosa que estuviera bajo guarda o custodia, y posteriormente la objetivó, al entender que el dueño de una cosa respondía por el solo hecho de serlo, introduciendo una clase de responsabilidad objetiva por guarda o custodia de la cosa. Incluso, la Corte de Casación dio un paso más allá, específicamente en materia de accidentes de circulación. Hasta el año 1930 se entendía que el artículo 1384 no podía ser invocado respecto de daños causados por una cosa cuando ésta fuera desplazada o dirigida por la mano humana, como acontece con los automóviles, sino que, por tratarse de un daño originado en un hecho del hombre, el precepto correspondiente a esta hipótesis debía ser el artículo 1382, regla general del sistema de responsabilidad civil del *Code*, inspirado en el sistema de la culpa. Sin embargo, una sentencia de la Corte de Casación del citado año, recaída en el célebre caso *Jand’heur*, por el cual se resolvió un juicio de responsabilidad por daños causados a una menor atropellada por un camión perteneciente a la empresa demandada, consagró una presunción de responsabilidad por el hecho del daño y estableció, de ese modo, una completa responsabilidad objetiva por los daños causados por las cosas que se encuentran bajo guarda, doctrina que, en general, se mantiene hasta el día de hoy. Una reseña sobre esta evolución jurisprudencial se encuentra en DE ÁNGEL, *Tratado de la responsabilidad civil*, Civitas, 1993, págs. 559 y 560; CHABAS, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren Éditeur, 2004, págs. 39 y ss.; y LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Legis, 2004, págs. 186 y ss.

colectiva”⁴⁷. Como lo ha señalado LE TOURNEAU, el gran defecto de esta teoría es que es inaplicable cuando una sola bala ha impactado a la víctima⁴⁸. Por ello es que también la Corte de Casación resolvió casos de esta última especie utilizando una segunda modalidad de la idea de la guarda en común, según el argumento de que los fusiles de los cuales podía haber provenido la única bala que hirió a la víctima se encontraban bajo la guarda de los respectivos cazadores⁴⁹.

A pesar del esfuerzo intelectual llevado a cabo por la jurisprudencia de Francia para encontrar en la tesis de la guarda colectiva un justificación técnica para la condena *in solidum* de todos los miembros del grupo, y a su consagración en cierto número de sentencias, dictadas especialmente a propósito de accidentes de caza, esta fórmula no satisfizo a la inmensa mayoría de los autores franceses. Así, DE ÁNGEL, siguiendo a CARBONNIER⁵⁰ y a MARTY⁵¹, señala que la dificultad de este razonamiento estriba en que el perjudicado se encuentra obligado a comprobar que el objeto sujeto a custodia fue utilizado en la actividad riesgosa⁵². Y, por otra parte, MÚRTULA, siguiendo a la doctrina francesa, ha sintetizado las críticas más importantes de la siguiente forma: “...en primer lugar, se ha señalado que resulta muy difícil entender cómo varios cazadores pueden responder por la guarda común de las distintas escopetas, cuando sólo una de ellas ha causado el daño y cada partícipe tiene la dirección y guarda de su propia arma. Por otra parte, se considera que el recurso a la guarda común de la cosa para condenar *in solidum* a los miembros del grupo que causa un daño, no soluciona el problema de la responsabilidad del grupo, pues hace responsables a todos los

⁴⁷ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pág. 209. Seguidoras de esta línea son las sentencias de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1966 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 64, 1966, con comentario en contra de DURRY, págs. 538 y 539); Corte de Lyon de 3 de abril de 1980 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1980, con comentario en contra de DURRY, págs. 577 y 578). También cabe mencionar dentro de este grupo una curiosa sentencia del Tribunal de Apelación del África Ecuatorial Francesa de 5 de abril de 1957, la cual, a propósito de la herida de bala recibida por un ayudante en una partida de caza de elefantes, cuyo autor no se pudo determinar, condenó a todos los cazadores, señalando que “el perjuicio era la consecuencia de la guarda común de las armas utilizadas, guarda que implicaba riesgos aceptados en común y que desgraciadamente se han hecho realidad”. Desde el punto de vista de la guarda, las armas fueron consideradas una sola cosa.

⁴⁸ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, op. cit.*, pág. 211.

⁴⁹ Sentencia de la Corte de Casación de 5 de febrero de 1960 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 59, 1960, con comentario de Henri y Léon MAZEAUD, págs. 479 y 480).

⁵⁰ CARBONNIER, *Derecho civil, op. cit.*, pág. 79.

⁵¹ MARTY, *La responsabilidad civil en Derecho Comparado*, Barcelona, 1962, pág. 85.

⁵² DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 46.

miembros del grupo de una forma indiscriminada, incluso cuando no tienen nada que ver con el origen, al menos inmediato, del daño. Por último, se afirma que la guarda común no es una verdadera guarda porque falta la independencia que caracteriza el papel del guardián”⁵³.

Finalmente, digamos que la tendencia que se observa en la jurisprudencia francesa más reciente es aquella por la cual se acepta la responsabilidad grupal por el hecho de un integrante indeterminado del mismo, y se impone la responsabilidad *in solidum* a todos los integrantes de ese grupo⁵⁴, sin recurrir necesariamente a las argumentaciones basadas en una supuesta culpa conexa o común de ellos o a la guarda que ejercen respecto del objeto causante del daño (teorías que no han sido abandonadas del todo, en todo caso), sino en la participación de los mismos en la realización de una actividad común que concluye en el perjuicio sufrido por la víctima. La realización de esta “acción común” da origen a una presunción de causalidad respecto del hecho dañoso e incluye a todos los componentes del conjunto, aceptada por una serie de sentencias de la Corte de Casación⁵⁵.

En suma, la aceptación de la responsabilidad colectiva a nivel jurisprudencial es plena hoy en día en Francia, independientemente del fundamento técnico que pueda tener como respaldo, pero dentro de ciertos parámetros mínimos: la responsabilidad *in solidum* del grupo es subsidiaria a la individual, de modo que si es identificado el autor verdadero del daño, él es responsable por el mismo, sin que nazca responsabilidad colectiva alguna; o bien, que si ciertos integrantes del colectivo pueden demostrar que no han tomado parte en la producción del resultado dañoso, ellos deben ser liberados de esa responsabilidad⁵⁶.

⁵³ MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 36 y 37.

⁵⁴ Así lo señalan en obras de carácter general TUNC, André, “Responsabilité (en général)”, *Répertoire de droit civil*, tomo VIII, 1997, pág. 7, y CAUDERT, Dominique y FOUQUES-DUPARC, Régis, “Le lien de causalité”, *Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*, René Rodiere, director, Paris, 1983, pág. 58.

⁵⁵ Sentencias de la Corte de Casación de 15 de diciembre de 1980 y 14 de diciembre de 1983 (*Revue Trimestreille de Droit Civil*, abril de 1984, con comentario de DURRY, págs. 316 a 318). Puede sumarse las sentencias de la Corte de Versailles de 20 de enero de 1994 y de la Corte de Chambéry de 23 de noviembre de 1994.

⁵⁶ FLOUR y AUBERT, *Les obligations...*, *op. cit.*, pág. 159.

2.2. LA DOCTRINA

La doctrina francesa también se ha pronunciado acerca del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, y, cabe mencionarlo, con más anticipación y frecuencia que su par española. Las ideas propuestas por los autores para solucionar este problema han sido variadas y algunas han terminado siendo acogidas por la jurisprudencia, pero se puede afirmar con seguridad que hoy en día la mayoría de la doctrina de ese país apoya la idea de la condena *in solidum* de todos los miembros del grupo, lo que a lo largo de este trabajo se ha llamado “responsabilidad colectiva”. Por supuesto, existen ideas discrepantes o que rechazan el respaldo teórico de la solución, pero a estas alturas se trata de casos más bien aislados, que igualmente serán mencionados.

La inspiración original del *Code*, la responsabilidad individual y culpable, motivó que los autores clásicos de la literatura jurídica francesa rechazaran la posibilidad de una responsabilidad colectiva basada en el daño causado por un solo individuo. La injusticia que significaría la condena de personas inocentes, la modificación que esta forma de responsabilidad puede conllevar para un concepto básico como lo es el de la relación de causalidad y, especialmente, la supresión que implicaría para el principio de la imputación individual de responsabilidad por el daño⁵⁷, complementan esta negativa. Tratadistas tan eminentes como BEUDANT⁵⁸, SAVATIER⁵⁹ y los hermanos MAZEAUD⁶⁰, a título de ejemplo, adhieren a este pensamiento. Se trata de una forma de abordar el problema que permaneció relativamente incontestada por lo menos hasta la mitad del siglo XX⁶¹, época en la

⁵⁷ VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., pág. 370.

⁵⁸ BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français*, op. cit., pág. 122.

⁵⁹ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*, tomo II, Paris, 1951, págs. 12 a 14.

⁶⁰ MAZEAUD, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., pág. 578 y ss.

⁶¹ Con excepciones honrosas como la de Georges RIPERT, quien afirmaba que el buen sentido y la equidad demuestran las inconsecuencias a las que conduce la aplicación rigurosa de las reglas jurídicas: sin duda, decía este autor, toda víctima debe establecer la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador de la responsabilidad. Pero cuando varias personas han cometido juntas el hecho dañoso, ¿no es singular que la situación de la víctima sea peor que si se hubiese tratado de un solo autor? Según este gran jurista, no cabe imponer a la víctima la prueba diabólica consistente en

cual aparecen los primeros escritos dedicados de manera exclusiva al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, apoyando la fórmula de la responsabilidad colectiva y tratando de justificar técnicamente esta solución.

Debe darse a Ilhan POSTACIOGLU⁶² el mérito de abordar por primera vez el estudio de un tema que no solo había sido poco abordado por la mayoría de los autores franceses, sino que derechamente dejado de lado. Este autor hizo en un breve pero pionero trabajo un análisis de esta clase de daño, inédito hasta ese momento en Francia e inspirado en sentencias de la jurisprudencia francesa que empezaban a acoger la responsabilidad colectiva, donde, además, tomó parte por la condena de todos los miembros del grupo e intentó encontrar justificativos para esta clase de responsabilidad. Su propuesta es la siguiente: “Para que el agente sea considerado culpable, es suficiente que haya podido prever que de su acción o de su abstención va a resultar un daño in abstracto, sin que sea necesario que haya podido prever el daño concreto que vaya a ser consecuencia de su comportamiento. Será suficiente prever los daños que eventualmente ocurran para que se pueda ser considerado responsable de la pérdida de las pruebas que resulten del acto mismo”⁶³.

En otras palabras, lo que el autor postula es que aquellos miembros del grupo que no causaron directamente el daño, pero que intervienen en la actividad que desemboca en el mismo, son responsables porque incurren en una culpa consistente en concurrir a la neutralización de los medios de prueba con que la víctima hubiese podido comprobar la identidad del autor material, si es que no se hubiese llevado a cabo esa actividad grupal⁶⁴.

atribuirle la obligación de demostrar el hecho preciso causante del daño (comentario citado por BESSON en Recueil Dalloz, 1951, págs. 173 a 176. Referencia tomada de DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 44 y 45).

⁶² POSTACIOGLU, “Faits simultanees et le problème de la responsabilité civile”, *op. cit.*.

⁶³ POSTACIOGLU, “Faits simultanees et le problème...”, *op. cit.*, págs. 442 y 443. Referencia tomada de DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

⁶⁴ Se ha dicho que la teoría de POSTACIOGLU ha sido reproducida contemporáneamente por los profesores de la Universidad de Tel-Aviv, Ariel PORAT y Alex STEIN, bajo el nombre de teoría de la “responsabilidad por incertidumbre” (*liability for uncertainty*). Así, “los autores toman como ejemplo el clásico de los dos cazadores que, negligentemente, disparan simultáneamente, sin que se sepa cuál fue el tiro que alcanzó al perjudicado...Habiendo sólo un 50% de probabilidad de que cada cazador ocasionara las lesiones, en ningún caso puede tenerse por cierto el nexo causal. Sin embargo, puede aseverarse con toda seguridad que uno de los cazadores disparó un proyectil que no hirió a la víctima; y que tal sujeto, al accionar su arma, ha generado un relevante <daño probatorio> porque, de no haber

La idea de este tratadista fue rechazada en su momento por VINEY⁶⁵, quien afirmó que la circunstancia de verse imposibilitado el uso de ciertos medios de prueba en razón de la particular forma de comisión del hecho dañoso no puede dar origen a la responsabilidad del grupo, a menos que ello fuera consecuencia de una acción culposa orientada a esa finalidad, lo que no parece suceder en las hipótesis de daño en estudio. Por lo demás, agrego yo, de aceptar esta tesis, la responsabilidad surgiría por el hecho del ocultamiento de las herramientas probatorias y el daño consecuente, más que por la actividad de uno de los integrantes del grupo.

Otro respaldo teórico para la responsabilidad *in solidum* de los miembros del grupo que puede distinguirse claramente en la doctrina francesa, es el que postula que aquella nace por la personalidad moral que posee el grupo en cuestión. En efecto, partiendo de la propuesta de ABERKANE⁶⁶, algunos autores⁶⁷ han afirmado que la condena del grupo constituye una manifestación de la teoría de la personalidad moral, ya que si los integrantes de ese grupo se encuentran colectivamente vinculados es porque se trata de una personalidad moral “de hecho”, y en todo caso, una realidad jurídica que el derecho no puede soslayar⁶⁸. En efecto, para este tratadista todo grupo humano de formación intencionada lleva consigo una especie de solidaridad entre sus miembros que fundamenta por sí sola la aplicación de la solidaridad como fórmula jurídica para sancionar a sus integrantes en caso de que lleguen a causar algún tipo de daño. Entonces, el fundamento justificante de la responsabilidad colectiva que permite aplicar la solución de la condena solidaria de los miembros del grupo sería el acuerdo de éstos para llevar a cabo una actividad determinada. Esto equivale a la formación de una verdadera persona jurídica o moral

disparado, el juzgador habría dispuesto de la suficiente información con que apoyar la hipótesis de que su compañero era el causante del daño producido” (MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, págs. 397 y 398).

⁶⁵ VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, pág. 377.

⁶⁶ ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *op. cit.*, págs 538 y ss.

⁶⁷ Por todos, CARBONNIER, *Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 79, y MAYER, “La <garde> en commun”, *op. cit.*, págs. 197 y ss.

⁶⁸ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pág. 211.

para desempeñar una conducta peligrosa, aun cuando no exista la intención de causar el perjuicio final⁶⁹.

Este planteamiento, como lo afirman VINEY y JOURDAIN⁷⁰, posee ventajas innegables. Así, permite limitar eficazmente la aplicación de la condena *in solidum* a través de la exclusión de los daños surgidos de grupos formados de manera fortuita, ya que sólo en un grupo suficientemente establecido y coherente puede encontrarse este “embrión de personalidad”. Sin embargo, esta virtud puede ser objeto de críticas: es discutible que sea procedente la exclusión de grupos espontáneos del ámbito de la responsabilidad colectiva, por una parte, y no debe olvidarse que no es la naturaleza del grupo la que determina el régimen jurídico aplicable, sino un elemento completamente accidental como lo es la imposibilidad de identificar al autor material del daño, por otra⁷¹.

Si de revisar la opinión de la doctrina francesa en cualquier aspecto de la responsabilidad extracontractual se trata, obligatorio es consultar la opinión de los hermanos MAZEAUD. Estos eminentes juristas galos, como ya se dijo anteriormente, rechazan la posibilidad de una solución como la que ofrece la responsabilidad colectiva, ya que ella es contraria a los principios de la responsabilidad subjetiva, que estos autores defienden a ultranza, y porque pasa a llevar la exigencia de la relación de causalidad. Sin embargo, han dejado la puerta abierta para fundamentar este tipo de responsabilidad en el criterio de la organización de una actividad. Especialmente hablan de esto a propósito del tema de la caza y al respecto señalan: “Los que organizan una caza y cazan ellos mismos en condiciones peligrosas son ciertamente responsables del accidente que pueda resultar, incluso si este accidente es sobre todo provocado de forma directa por el disparo de uno de los participantes. En el supuesto más frecuente, en que los dos

⁶⁹ ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *op. cit.*, págs. 516-554.

⁷⁰ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pág. 211.

⁷¹ En el mismo sentido, MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 38, y BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, *op. cit.*, pág. 621. Por otra parte, se dice que esta explicación doctrinaria no concuerda con una de las características esenciales de la responsabilidad colectiva, como es la posibilidad de los integrantes del grupo de liberarse de responsabilidad si logran demostrar que no han tenido intervención en la producción del daño. Esta alternativa no debiera existir en una “persona moral” cuyos integrantes forman parte de un todo que es, en definitiva, el responsable del daño.

tiradores cazan juntos en condiciones imprudentes, ellos deben ser considerados responsables *in solidum*, no tanto como tiradores, sino como cazadores u organizadores”⁷².

La más moderna tendencia que cabe observar en la doctrina científica francesa es aquella que apoya la tesis de la presunción de causalidad como base de la responsabilidad colectiva (o *in solidum*, en atención al país del que hablamos). Sobre ella se ha dicho, a propósito de los accidentes de caza, que consiste “en establecer una presunción que permita remediar la incertidumbre de la relación causal. Su fundamento reside en la idea de que los cazadores, creadores del peligro y de la pérdida, para la víctima, de la esperanza de ser indemnizada, deben soportar en cuanto a la carga de la prueba las consecuencias de su hecho ilícito: se les presume responsables; en la duda, serán condenados a la reparación...Ellos toman a su cargo los riesgos que han hecho correr con motivo de su reunión. Pero esta presunción es simple: podrán dispensarse si llegan a aclarar los hechos”⁷³.

Su más contemporánea, recurrida y destacada exponente es VINEY, quien ha tocado el tema en diferentes épocas, pero defendiendo idéntica conclusión⁷⁴. Así, esta autora parte por criticar las elaboraciones de la doctrina científica, en especial las que acabo de reseñar, ya que considera que éstas no se encuentran en la misma línea que la doctrina jurisprudencial. En su opinión, lo que los tribunales franceses pretenden con la condena *in solidum* de los miembros del grupo es, en definitiva, hacer una nueva distribución de la carga de la prueba de la relación de causalidad, trasladándola desde el demandante, lo que constituye la regla general, hacia los demandados, en la medida que aquél demuestre que sí concurren los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual que serían procedentes si el daño hubiese sido causado por alguna de las personas que él considera en su demanda como posible causante. De este modo, a través de esta presunción, la

⁷² MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. II, 1970, págs. 1073 y ss.

⁷³ LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, op. cit.*, pág. 212.

⁷⁴ Tuvo ocasión de plantear esta sugerencia en la década de los sesenta en su tesis de grado, *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit.*, págs. 378 y 379, y posteriormente en su *Traité de Droit Civil...*, *op. cit.*, págs. 212 y 213, junto a Patrice JOURDAIN. También participa de esta idea Noël DEJEAN DE LA BATIE, *Juris Classeur Périodique*, 1978, II, 18773.

determinación de la identidad del autor material del daño no corresponde ya a la víctima, sino a los propios integrantes del grupo, lo que conseguirán sea que identifiquen a tal autor, sea que demuestren que no han existido motivos por los cuales atribuirles responsabilidad.

En otras palabras, la responsabilidad *in solidum* de los miembros del grupo nacerá en la medida que el ofendido satisfaga las exigencias que la ley le impone en relación a la prueba de la causalidad, en cuanto establezca que el hecho dañoso no ha podido ser cometido sino por alguna de las personas que él ha demandado⁷⁵. Una vez que esta prueba es aportada, todos los demandados se presumen causantes del daño y ellos son los encargados de comprobar lo contrario.

Para nuestra tratadista, la presunción de la causalidad es la explicación técnica más compatible con las soluciones jurisprudenciales y representa una forma eficaz de desbaratar cualquier maniobra de los demandados tendiente a ocultar intencionalmente la identidad del verdadero culpable, que éstos deberían desvelar. Asimismo, y en contraposición a otras visiones teóricas, no requiere para su puesta en funcionamiento que se trate de un grupo concertado que realice una actividad colectiva, como lo exige la noción ya vista de la “personalidad moral”, como tampoco es necesario indagar si ha existido una culpa común o se trata de un daño causado por una cosa que se encontraba bajo la guarda de los miembros de la pluralidad. En fin, se trata, al igual que las fórmulas de la jurisprudencia, de un relajamiento, fundado en la equidad, de las reglas relativas a la carga de la prueba de la relación de causalidad.

Ahora bien, VINEY es consciente que la aceptación de esta presunción de causalidad implica cumplir ciertas exigencias paralelas al beneficio que ella significa para la víctima. En este sentido, ella afirma que para que opere la responsabilidad *in solidum* del grupo es indispensable que la identificación del autor del daño efectivamente no se pueda llevar a cabo. Esto, porque esta forma de responsabilidad debe ser una solución subsidiaria en relación a la responsabilidad

⁷⁵ Nótese la similitud de estos postulados con la formulación de la presunción de causalidad como base de la responsabilidad colectiva que se propondrá mas adelante (*Vid.* Capítulo Quinto, 1.2).

individual, que siempre debe ser privilegiada. Por lo mismo, si uno de los demandantes se encuentra en condiciones de señalar al autor del daño, todos los demás demandados deberían ser liberados de responsabilidad; y si él mismo puede probar que no ha participado en la actividad dañosa, ello debe ser suficiente para que pueda eludir toda responsabilidad.

Además de lo anterior, VINEY afirma que una correcta implementación de esta presunción de causalidad tiene como elemento esencial que el ofendido pruebe haber encausado a todas aquellas personas susceptibles de haber causado el daño, no bastando que alguno de ellos “probablemente” sea el autor. Es decir, el demandante debe delimitar adecuadamente y con precisión los individuos del grupo en cuestión⁷⁶, sin que proceda la presunción de causalidad respecto de “causalidades inciertas”, ya que una cosa es presumir la causalidad de individuos respecto de los cuales hay antecedentes concretos de su participación y otra muy distinta es suponer que cierta persona pudo haber causado el daño. La autora cita a CHABAS: “la causa está circunscrita, pero no individualizada”⁷⁷. En suma, la condena *in solidum* de los posibles autores de un daño no puede aplicarse sino a una colectividad donde todos los miembros son conocidos y demandados.

A partir de una idea similar a la recién expuesta es que JOURDAIN⁷⁸ ha reflexionado también sobre el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y ha manifestado su apoyo a la condena *in solidum* de los integrantes de aquél, aunque agregando ciertos matices. Así, el autor también considera que la causa está “circunscrita, pero no individualizada”, al punto que en su opinión en estas hipótesis de daño no hay realmente incertidumbre de la causalidad entre el daño y un hecho, sino que falta la determinación de la identidad del autor material. Por lo tanto, la condena de todo el grupo sería no tanto una presunción de causalidad, como sí de autoría del hecho dañoso, que podría ser

⁷⁶ Al estudiar los elementos de la responsabilidad colectiva he recogido y analizado esta exigencia. *Vid. supra*, Capítulo Segundo: 2, 2.1.

⁷⁷ VINEY y JOURDAIN, *Traité...*, *op. cit.*, pág. 214.

⁷⁸ JOURDAIN, Patrice, “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 4 de mayo de 1988”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, 1988, págs. 769 y 770.

desvirtuada por cada integrante que pudiera comprobar su inocencia en los hechos que se le imputan⁷⁹.

Finalmente, cabe mencionar la opinión de DEMAREZ⁸⁰, quien también durante la década de los sesenta del siglo pasado esbozó la idea de la presunción de causalidad como soporte técnico de la responsabilidad colectiva. Este autor, que consagró una obra completa al estudio del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, luego de hacer una extensa exposición de esta forma de presunción, detalla las características que ésta reviste, contraponiéndola a la figura doctrinaria más aceptada en ese entonces, la teoría de la “personalidad moral”. Así, en primer término, la presunción de causalidad que constituye la responsabilidad colectiva es una presunción simple, que por ello supone una posibilidad de prueba contraria de parte de los integrantes del grupo. En segundo lugar, se trata de una responsabilidad subsidiaria a la responsabilidad individual. Finalmente, la presunción, en opinión del autor, requiere un marco, el que está determinado por la identificación y precisión de aquellos individuos a quienes afectará.

A pesar de que la mayoría de los autores franceses⁸¹ coinciden que lo que se busca con estas soluciones de la doctrina científica y jurisprudencial no es otra cosa que prevenir la obvia injusticia que significa impedir el acceso de la víctima a la indemnización por el daño que ha sufrido, pero a cuyo autor no ha podido identificar, aunque sí al grupo del que formaba parte y que ejecutaba la

⁷⁹ En el mismo sentido se ha manifestado DE ÁNGEL, quien ha sostenido que el problema de la relación de causalidad consiste en plantearse si, frente a un daño, el agente debe responder o de qué debe responder, pero no quién debe responder. En otras palabras, el problema de la relación de causalidad para este autor consiste en averiguar si un hecho determinado es causa de un resultado específico y no quién es el autor del mismo, respecto del cual debe haber una identificación previa. Por lo tanto, si se opta finalmente por la solución de la condena de todos los miembros del grupo al que pertenece el autor indeterminado del daño, lo que se está haciendo es resolver un problema de autoría y no de causalidad, puesto que se está intentando por esa vía resolver quién debe hacer frente a las consecuencias dañosas del actuar del agente. Una vez que se ha establecido quién es el agente productor del daño se plantea el problema de la causalidad y se debe clarificar si ese agente es realmente responsable y el grado de extensión de su eventual responsabilidad (“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 60).

⁸⁰ DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe détermine*, *op. cit.*, págs. 143 y ss. y pág. 220.

⁸¹ Recordemos en este sentido opiniones como las de VINEY y RIPERT.

acción de peligro⁸², razón que la hace plenamente justificable, también han surgido voces entre los tratadistas más recientes en el sentido de afirmar que la responsabilidad colectiva es una fórmula muy imaginativa, pero criticable y artificial, que no tiene mayor fundamento ni apoyo en el Código y que presenta graves contradicciones⁸³. Se trata, en todo caso, de visiones que no han logrado imponerse en ninguno de los sectores que hemos estudiado en este apartado.

2.3. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL *CODE*

En el mes de septiembre del año 2005 fue entregado al Ministerio de Justicia de Francia un proyecto de reforma del Código civil de ese país, conocido como el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (“*Avant-projet de réforme du Droit des Obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du Droit de la Prescription [Articles 2234 à 2281 du Code civil]*”)⁸⁴, precisamente con el objetivo de desarrollar una propuesta de modificación de las áreas del *Code* recién mencionadas. Esta propuesta es fruto del trabajo realizado por una comisión integrada por 34 notables civilistas franceses (Gérard CORNU, Geneviève VINEY, Georges DURRY, entre ellos) y presidida por el profesor Pierre CATALA. Se trata de un ambicioso esfuerzo intelectual llevado adelante a fin de actualizar tan importantes materias, recogiendo en la medida de lo pertinente la evolución experimentada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia desde la dictación del Código en el ámbito de la prescripción y las relaciones obligatorias, y dentro de estas últimas, aquellas que derivan de la responsabilidad extracontractual

⁸² Christian LARROUMET afirma que existe en la responsabilidad colectiva una “obligación de garantía” de los miembros del grupo hacia la víctima dada por la indisociabilidad de los actos de cada uno de sus integrantes por el hecho de pertenecer a ese grupo. *Réflexions sur la responsabilité civile. Evolution et problèmes actuels en droit compare*, Institut de droit comparé, Université McGill, Montreal, 1983, pág. 7.

⁸³ En este sentido, BUFFELAN-LANORE, Yvaine, *Droit Civil, Deuxième année*, Masson, 1991, págs. 332 y 333; MALAURIE y AYNÈS, *Cours de Droit Civil, op. cit.*, págs. 118 y 119; y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile, op. cit.*, págs. 209 a 212. Este último, basado en sus críticas a la fórmula de la responsabilidad colectiva, propone la implementación de un sistema de fondos de garantía que cubra los accidentes de esta naturaleza, provenientes de actividades de riesgo, idea a la que también adhieren FLOUR y AUBERT, *Les obligations...*, *op. cit.*, pág. 159.

⁸⁴ El texto completo de este Anteproyecto puede encontrarse en Internet en la dirección www.henricapitant.org

Precisamente en lo que toca a nuestro tema, el Anteproyecto resulta sumamente valioso, por cuanto recoge y materializa en un precepto específico, siempre con carácter de propuesta, la tendencia observada en la doctrina científica y jurisprudencial francesa, reseñada en el apartado anterior, por la cual se acoge la idea de una condena solidaria de los miembros de un grupo cuando un daño es producido por uno de sus integrantes, no identificado. En efecto, este trabajo contiene en el artículo 1348⁸⁵ una norma expresamente referida a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, por la cual se establece que cuando un daño ha sido causado por el miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados deberán responder solidariamente, salvo aquellos que demuestren que no han podido ser el autor.

Del concepto recién expuesto pueden extraerse un par de ideas básicas. En primer término, está claro que el Anteproyecto no elabora una “teoría de la responsabilidad solidaria del grupo”, sino que se limita a consagrar una fórmula ya aceptada desde hace varios años por la doctrina científica y jurisprudencial, lo que nos demuestra el arraigo que a estas alturas tiene la responsabilidad colectiva en el sistema de responsabilidad extracontractual francés. Lo que sucede es que, como consecuencia del escueto tratamiento, circunscrito únicamente a los efectos del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y la posibilidad de exoneración de los mismos, permanecen vigentes las discusiones en torno a la naturaleza de esta figura, así como de todos los elementos concernientes a la misma (requisitos constitutivos, causalidad, fundamentos, criterio de imputación) y que ya he expuesto someramente más arriba. De llegar a transformarse esta propuesta en una real

⁸⁵ El precepto en comento está ubicado dentro de del conjunto de normas que el Anteproyecto dedica a la responsabilidad civil, esto es, el subtítulo III, capítulo II (sobre las condiciones de la responsabilidad), sección 1 (relativa a las disposiciones comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual), párrafo 2 (concerniente a la relación de causalidad). El texto en francés de este artículo es el siguiente: “Lorsq’un dommage est causé par un membre indéterminé d’un groupe, tous les membres indentifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d’eux à démontrer qu’il ne peut en être l’auteur”. La traducción al español sería la siguiente: “Cuando el daño fue causado por un miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados de él responden solidariamente, salvo que cada cual de ellos pueda demostrar que no pudo ser su autor”. Esta versión corresponde a Fernando HINESTROSA y está contenida en su trabajo *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción, Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 266.

modificación al *Code*, tales tópicos deberían ser desarrollados por las sentencias de los tribunales y las obras de los tratadistas, sea para confirmar los criterios ya existentes, sea para innovar sobre los mismos.

Por otra parte, es evidente por su ubicación física en el Anteproyecto, como parte integrante de las normas generales sobre responsabilidad extracontractual, que se trata de una fórmula de aplicación general a cualquier clase de daño que no tenga un tratamiento diverso para esta especial forma de comisión. De hecho, VINEY, en su rol de comentarista de los preceptos del Anteproyecto dedicados a la responsabilidad civil, sostiene que esta solución, implementada originalmente en el Derecho francés a propósito de los accidentes de caza, podría aplicarse a otras situaciones, en especial en casos de daños causados por un producto distribuido por varias empresas, todas identificadas, cuando no se pueda establecer aquella que ha vendido el producto que ha originado el daño a las víctimas⁸⁶.

3. ITALIA

Menos abiertos a explorar soluciones que podríamos llamar “de vanguardia” se han mostrado la doctrina⁸⁷ y la jurisprudencia italianas, instancias que apoyan de manera general y sin discusiones el predominio del criterio de la autoría y la relación de causalidad individuales y comprobadas, puesto que no existe

⁸⁶ VINEY, “Avant-projet de réforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)”, *op. cit.*, 2005, pág. 154, nota 23.

⁸⁷ En su trabajo “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 54 y 55, nota 50, DE ÁNGEL proporciona un extenso catálogo de obras consultadas en la literatura jurídica italiana hasta esa fecha, en la que escasamente era posible encontrar referencias de nuestra materia. Me interesa sumar a esa enumeración obras contemporáneas donde se puede consultar algunos aspectos de las materias que comprende este apartado: COMPORI, Marco, “La responsabilità civile en Italie”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, octubre-diciembre, 1967, pág. 827 y ss.; VV.AA., *Diritto.civile. Obbligazione e contratti*, UTET, 1995, pág. 757 y ss.; ALPA, Guido y BESSONE, Mario, “I fatti illeciti”, *Trattato di Diritto Privato. Obbligación e contratti*, tomo VI, Pietro Rescigno, director, UTET, 1983, pág. 93 y ss.; MONATERI, Pier Giuseppe, “Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile”, *Trattato di Diritto Civile*, Rodolfo Sacco, director, UTET, 1998, pág. 1007 y ss.; BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile. La responsabilità*, tomo V, Milán, 1994, pág. 648; VISINTINI, Giovanna, *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, 1999, pág. 743, y *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo II, Astrea, 1998, pág. 415 y ss.; FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva*, tomo II, CEDAM, 1995, págs. 206 a 209, y *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, 1988, págs. 82 y ss.; BUSNELLI, Francesco y COMANDÉ, Giovanni, “Causation under Italian Law”, en *Unification of Law Tort: Causation*, Jaap Spier (Coordinador), Kluwer Law International, 2000, pág. 90.

en el Código civil de Italia una norma que, con carácter general, resuelva el problema que significa un daño causado por un sujeto indeterminado, perteneciente a un grupo que sí lo está. En el Código de este país sí se previene la figura de la coautoría, esto es, el daño cometido por varios sujetos en forma conjunta y con determinación de sus identidades y el grado de intervención en la producción del daño que ha tenido cada uno de ellos. Según expresa este precepto, “si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño. El que ha resarcido el daño tiene derecho de regreso contra cada uno de los otros, en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y por la entidad de las consecuencias que de ella hubieren derivado. En caso de duda, las culpas de cada uno se presumen iguales”⁸⁸.

Se trata de una responsabilidad solidaria que requiere esencialmente la participación de varios sujetos en la causación de un suceso dañoso, independientemente de si su actuar ha sido planificado o concurrente. Es decir, cada uno de los responsables debe tener un cierto grado de intervención en la producción del daño, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que no se requiere un comportamiento conjunto o simultáneo de todos ellos para que emerja la solidaridad. Basta con que la acción u omisión culposa de quienes han intervenido confluya en el resultado final. Por lo tanto, la idea de coautoría, para los fines del artículo 2055 del Código Civil de Italia, es más amplia que en otras sedes⁸⁹.

Como se anticipó, los escasos autores italianos preocupados de esta materia, y los tribunales que siguen en este sentido la opinión de la doctrina, no recurren a este precepto para resolver los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, sino que siguen una línea más ortodoxa, apegada a los criterios clásicos de la causalidad, concordando en que la prueba de la identidad del autor del daño es labor del ofendido y que su imposibilidad es sinónimo de falta de

⁸⁸ Referencia tomada de MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 41, nota 64.

⁸⁹ Al respecto, VV.AA., *Diritto Civile...*, *op. cit.*, págs. 723 y ss.; MONATERI, “Le fonti della...”, *op. cit.*, págs. 189 y ss.; BIANCA, *Diritto Civile...*, *op. cit.*, págs. 646 a 648.

causalidad, aunque el grupo desde donde éste emana se encuentre plenamente identificado⁹⁰.

A DE ÁNGEL⁹¹ le llama poderosamente la atención esta actitud tan conservadora de parte de la doctrina científica y jurisprudencial de Italia, sobre todo porque en el Código civil de ese país existe una norma, la del artículo 2050, que establece la llamada “teoría de la actividad peligrosa”. Ese precepto dispone lo siguiente: “El que ocasiona un daño a otros en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, está obligado a reparar, si no prueba haber adoptado todas las medidas precisas para evitar el daño”⁹². Se trata de una innovación introducida en el ordenamiento jurídico italiano por el Código civil de 1942 que, como ha señalado VISINTINI, “muestra signos de mantener la culpa en la base de la responsabilidad, pero en el sentido de disponer la inversión de la carga probatoria de la culpa del autor y de ampliar el contenido del deber de diligencia puesto a su cargo”⁹³.

El sentido de esta innovación legislativa se encuentra en que el ejercicio de una actividad peligrosa el daño a terceros debe ser un elemento previsible para quien la desarrolla, por lo que cualquier medida destinada a prevenirlo sería insuficiente: el peligro es tan inherente a la actividad, que no se puede actuar sin tomarlo en cuenta, de modo que el deber de evitar el daño se torna más riguroso en vista de esa previsión⁹⁴.

⁹⁰ Por todos, BIANCA, *Diritto Civile...*, *op. cit.*, pág. 648. Como excepción a todo un parecer doctrinario es necesario mencionar a Pietro TRIMARCHI, quien se ha atrevido a sostener, a propósito del parágrafo 830 del BGB, que en situaciones de daños causados con culpa grave y en circunstancias de notable sospecha de causalidad podría llegar a condenarse en forma solidaria a todos los miembros del grupo, de la misma forma que lo hace el Código Civil alemán (*Causalità e danno*, *op. cit.*, págs. 10 a 12).

⁹¹ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 56.

⁹² “Chiunque cagiona danno ad altri nello suolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura del mezzi adoperati, é tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”. Referencia tomada de DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 56.

⁹³ VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 415.

⁹⁴ VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 415.

La naturaleza de esta responsabilidad por una actividad peligrosa ha sido objeto de diversos análisis y conclusiones de parte de la doctrina científica italiana, la que ha pasado por diversas etapas en este sentido. Así, la idea inicial sobre el punto optaba por considerar que en el artículo 2050 se consagra una especie de responsabilidad por culpa levísima, con base en los trabajos preparatorios del Código, de acuerdo a los cuales el legislador entendía referirse a un grado de diligencia superior a otros niveles de diligencia exigible. Sin embargo, la línea dominante se inclina por considerar a esta hipótesis como un caso evidente de responsabilidad objetiva, atenuada por la posibilidad del agente de eximirse en la medida que pueda comprobar que adoptó todas las medidas necesarias para evitar el daño.

Con todo, existen matices entre los autores en cuanto a la precisa calificación que debe darse a esta responsabilidad objetiva: se ha dicho que estamos en presencia de una responsabilidad objetiva a secas, que nace con prescindencia del hecho subjetivo de que quien ejerce la actividad peligrosa haya hecho todo lo esperable para impedir el daño. También se ha opinado que esta responsabilidad objetiva es una responsabilidad por exposición al peligro, ligada con la realización de una actividad de igual naturaleza y no con deberes de diligencia y prevención. Otro aporte postula que el caso del artículo 2050 es una figura de responsabilidad objetiva intermedia entre ésta y la responsabilidad por culpa, y a esta fórmula se le ha denominado “responsabilidad por riesgo objetivamente evitable”, siendo la prueba liberatoria el elemento clave para configurar esa naturaleza híbrida. En fin, lo verdaderamente relevante parece ser que, más allá del prisma con que se le mire, la responsabilidad por el desarrollo de una actividad peligrosa, según cómo la concibe el artículo 2050 del Código civil italiano, es una responsabilidad objetiva, basada en la peligrosidad de la conducta realizada y concretada en un daño⁹⁵.

⁹⁵ Sobre la naturaleza de la responsabilidad por la actividad peligrosa, y en general todo lo relativo a esta interesante figura de responsabilidad, se puede consultar a BONASI BENUCCI, Eduardo, *La responsabilidad civil*, Barcelona, 1958, pág. 279 y ss.; BONVICINI, Eugenio, *La responsabilità civile*, tomo II, Milán, 1971, pág. 697 y ss.; DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Barcelona, 1975, pág. 712 y ss.; VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil, op. cit.*, págs. 415 a 417; ALPA y BESSONE, “I fatti illeciti”..., *op. cit.*, pág. 332 y ss.; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore, op. cit.*,

Por su parte, la jurisprudencia ha definido ciertos rasgos distintivos de esta clase de responsabilidad: se ha dicho por los tribunales italianos que actividad peligrosa es aquella que por su propia naturaleza o por las características de su modo operativo conlleva la posibilidad cierta de verificarse un daño, a causa de su marcada potencialidad dañosa; en atención a este criterio, se ha considerado como peligrosa las operaciones portuarias, el ejercicio de la actividad ferroviaria del Estado, la producción y distribución de energía eléctrica y de gas, la producción de productos farmacéuticos, el desarrollo, organización y práctica de actividades deportivas y recreativas de riesgo, (tales como la caza, el fútbol, competencias de esquí, carreras automovilísticas, entre muchas otras), etc. A la inversa, no son actividades peligrosas el alquiler de pequeñas naves, la actividad agrícola, las competencias ciclísticas callejeras, el servicio bancario a través de ventanillas, el embotellamiento de bebidas gaseosas e incluso la actividad médico-quirúrgica. Finalmente, la jurisprudencia, en aplicación de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, ha recalcado que el daño alegado por la víctima debe provenir necesariamente de la actividad peligrosa llevada a cabo.

Ahora bien, y volviendo al pensamiento de DE ÁNGEL acerca de esta institución recogida en el Código civil de Italia de 1942, este autor piensa que las actividades peligrosas, cualquiera que sea su naturaleza, podrían constituir supuestos incorporables a la doctrina de la actividad peligrosa, formulada por él como fundamento de la responsabilidad colectiva. “Sin embargo, los autores italianos no se muestran proclives a una ampliación como la que hemos sugerido. Se afirma entre los autores de aquel país que puede suceder que el daño se produzca durante el ejercicio de una actividad peligrosa y en cambio no se halle en relación de causalidad con la peligrosidad del acto. Se exige la llamada <tipicidad del peligro>, nexo causal específico, esto es, la existencia de una relación causal entre el daño y la

pág. 126 y ss.; MONATERI, “Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile”..., *op. cit.*, pág. 1007 a 1001; BIANCA, *Diritto Civile...*, *op. cit.*, pág. 705 y ss.; VV.AA., *Diritto civile...*, *op. cit.*, pág. 759 y ss.

objetiva peligrosidad de la actividad desplegada. En suma, la <actividad peligrosa> debe ser *causa* y no *ocasión* del daño”⁹⁶.

Como complemento a este comentario, cabe señalar que, de acuerdo a lo expresado unas líneas más arriba, la doctrina jurisprudencial ha tenido la ocasión de revisar una nutrida casuística que le ha permitido reunir un catálogo bastante amplio de actividades consideradas peligrosas. Sin embargo, y a pesar que el actual elenco es bastante más numeroso que el que se podía observar en los primeros años de vigencia del Código de 1942⁹⁷, lo cierto es que todavía es posible encontrar actividades que los tribunales italianos no consideran como actividades de peligro y en las que, sin embargo, puede haber comisión de un daño por el integrante indeterminado de un grupo. No hay que olvidar que la responsabilidad colectiva surge no tanto por la naturaleza de la actividad realizada por el grupo, sino por la forma en que dicha actividad se ha llevado a cabo. Y parece que lo que orienta la teoría de la actividad peligrosa es una responsabilidad objetiva basada en la naturaleza de la actividad desplegada, sin olvidar que en Italia se exige severamente comprobar el vínculo causal entre el daño y quien organiza o lleva a cabo la actividad, sin mayor margen de dudas al respecto.

La comprobación empírica del rechazo (o indiferencia) que se observa en la legislación y en las instancias científicas italianas lo constituye la sentencia de 4 de marzo 1992, por la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso *Anedda con Carriga*, promovido ante el Tribunal de Monza, en que dos cazadores hirieron a un tercero, sin que pudiese ser comprobado cuál de los dos fue el que realizó el disparo que lesionó a la víctima, quien demandó indemnización de perjuicios apoyándose en el artículo 2050 del Código civil, al tratarse la caza de una actividad peligrosa y la culpa ser presumida en virtud de dicho precepto. Ante la imposibilidad de prueba por parte del demandante del autor material, la Corte Constitucional declaró inadmisibile la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 2050 del Código civil, en la parte que no prevé que cuando no sea posible individualizar a un responsable específico del daño en cuanto persona que ejercita

⁹⁶ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 56.

⁹⁷ En este sentido, VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 419.

una actividad peligrosa, se aplique la presunción de responsabilidad contra todos los participantes en aquella actividad⁹⁸.

Sin embargo, a propósito de este caso BUSNELLI y COMANDÉ han señalado que es una posibilidad abierta el que un juez pueda condenar a todos los miembros de un grupo en una hipótesis como la descrita, aunque reconocen su desconocimiento de algún caso, en la jurisprudencia italiana, en que así haya sucedido⁹⁹. Esta última opinión, perteneciente a prestigiosos autores, abre la posibilidad a que pareceres relativamente recientes puedan ir incorporando en la doctrina científica de Italia, aunque sea de modo paulatino, la idea de la condena en forma solidaria de todos los miembros de un grupo por la vía del artículo 2050 del Código civil italiano.

4. *COMMON LAW*¹⁰⁰

El problema de la responsabilidad colectiva también ha sido planteado en los países del *Common Law*. Al respecto, Ricardo DE ÁNGEL ha señalado que en el Derecho anglosajón se ha optado por la solución de la responsabilidad colectiva, denominando a la regla empleada por Tribunales de estos países como la de “doble culpa claramente establecida y responsabilidad alternativa”, y que básicamente consistiría en una suavización del principio en virtud

⁹⁸ Sobre este fallo, VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil, op. cit.*, págs. 423 y 424, y *Trattato breve...*, *op. cit.*, pág. 743; FRANZONI, *La responsabilità oggettiva, op. cit.*, págs. 206 a 209; BIANCA, *Diritto Civile...*, *op. cit.*, pág. 648; MONATERI, “Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile”..., *op. cit.*, pág. 1037.

⁹⁹ BUSNELLI y COMANDÉ, “Causation under Italian Law”, *op. cit.*, pág. 90.

¹⁰⁰ En relación con el tema y los conceptos ha estudiar en este apartado se puede consultar a ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13ª edición, Sweet & Maxwell, 1989, págs. 121 a 124, y págs. 590 a 597, y “Causation Under English Law”, en *Unification of Tort Law: Causation*, Jaap Spier (editor), Kluwer Law International, 2000, pág. 50.; FLEMING, John, *The Law of Torts*, quinta edición, The Law Book Company Limited, 1977, págs. 237 a 241, y págs. 299 a 301; y *An introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 104 a 112. y págs. 146 a 148; HEUSTON, R.F.V. y BUCKLEY R.A., *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, Sweet & Maxwell, London, 1987, págs. 266 y 267 y págs. 496 a 503; WEIR, Tony, “Complex liabilities”, en *International Encyclopedia of Comparative Law. V. XI. Torts*, André Tunc, editor jefe, Tübingen, 1976, págs. 46 y 47; DIAS, R. y MARKESINIS, B., *Tort Law*, Oxford, 1984, págs. 64 a 68 y págs. 433 a 440; SCHWARTZ, Gary, “Causation under US Law”, *Unification of Tort Law: Causation, op. cit.*, págs. 124 a 126; CANE, Peter, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006, págs. 101 y 102. En nuestro idioma contamos con las reseñas de Ricardo DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, págs. 41 y 42, y de MÚRTULA, *La responsabilidad por los daños causados...*, *op. cit.*, págs. 51 a 56.

del cual la carga de la prueba de la relación de causalidad le corresponde a la víctima, la que en esta hipótesis se trasladaría a los sujetos del grupo¹⁰¹. Si bien es cierto que lo afirmado por el distinguido profesor es correcto, es necesario hacer algunas indicaciones y clarificar ciertos conceptos, especialmente en lo que se refiere a la mayor o menor aceptación que esta fórmula tiene en los países que se rigen por este sistema.

En primer lugar, es correcto que varias sentencias han aceptado, en los diversos países que adoptan el *Common Law*, condenar a varios posibles causantes de un daño cuando el autor material no es identificable, sobre todo en países como Canadá y Estados Unidos¹⁰², en los que opera el principio de inversión de carga de la prueba, la que se traslada a los múltiples posibles autores, quienes deben probar que no cometieron el acto dañoso. Así, en el primero de los países recién mencionados es emblemático el fallo *Cook vs. Lewis*, de 1951, dictado a propósito de un accidente de caza en el que dos individuos dispararon en la misma dirección hiriendo, en forma accidental, a una tercera persona, quien no pudo determinar cuál de los dos cazadores fue el que lo hirió. Después de la tramitación respectiva, que incluyó el rechazo a la condena de la pareja involucrada, la Corte Suprema de Canadá optó por condenar a los demandados, en base al principio según el cual cuando dos demandados por actos negligentes en circunstancias que privan al demandante de la posibilidad de probar cuál de ellos causó el daño, se impone a cada uno de ellos la carga de exculparse, y si ambos fracasan en esta liberación de responsabilidad, ambos son responsables¹⁰³. En contra de esta decisión se ha dicho que ella contradice el principio de la prueba de la causalidad por el demandante y que sería una fórmula extremadamente difícil de aplicar en casos de demandas contra un gran número de personas¹⁰⁴.

En los Estados Unidos de Norteamérica, en tanto, el conocido asunto *Summers vs. Tice*, de 1948, constituye el caso paradigmático en la materia.

¹⁰¹ DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁰² FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, pág. 301.

¹⁰³ ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pág. 124.

¹⁰⁴ ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pág. 124, nota 82.

En éste, la Corte Suprema de California resolvió un caso similar al del párrafo anterior: dos cazadores dirigieron disparos que hirieron a un tercero en forma accidental, el cual no fue capaz de identificar al agresor específico a causa de la identidad de armas y municiones empleadas. La solución también fue similar: la condena de ambos al pago de la indemnización a la víctima, fundamentada en que ninguno de los dos pudo comprobar su inocencia en los hechos, razón por la cual el tribunal citado optó por resolver el conflicto aplicando la inversión de la carga de la prueba de la relación causal, en base especialmente a criterios de equidad y de consideración a la víctima, la que probablemente se hubiera visto privada de resarcimiento por una mera actitud pasiva de los demandantes, quienes podrían haber optado por no aportar pruebas de ninguna especie si se hubiese aplicado reglas tradicionales de prueba de la causalidad.

En ambos casos, el canadiense y el norteamericano, se observan varios puntos en común y que, por lo mismo, pueden señalarse como reglas comunes a ambos países en materia de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo. Así, se trata de daños causados por armas de fuego, esto es, actividades de riesgo; se utiliza el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad, la que queda a cargo de los demandados; éstos pueden liberarse de la condena si es que demuestran no haber intervenido en el curso causal lesivo; y el fundamento de esta operación es la protección de la víctima y su derecho al resarcimiento.

Cabe hacer presente que las dos sentencias en comentario se pronuncian acerca de hipótesis de daño en que intervienen como probables causantes únicamente dos personas. Por tanto, un asunto interesante de analizar es el problema de la actividad llevada a cabo por un gran número de individuos, abordada especialmente por la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la figura conocida en ese país como la *market share liability* o teoría de la responsabilidad por cuota de mercado. Esta interesante creación de la doctrina jurisprudencial norteamericana será estudiada con cierto detalle en el Capítulo Sexto, al tratar las

formas alternativas de enfrentar el daño causado por el integrante anónimo de un grupo.

Pero donde la situación no parece tan definida es en Inglaterra, país en el cual, como señala un autor en forma reciente, no existen decisiones claras de este problema, indicando como ejemplo el caso *Fitzgerald vs. Lane*, de 1989, en que el asunto se resolvió favorablemente para la víctima de la negligencia de un integrante anónimo de una pluralidad de cazadores en sede de Corte de Apelaciones, pero con un resultado adverso a nivel superior (*House of Lords*)¹⁰⁵. El principal escollo a esta solución en este país está dado por la preponderancia de la regla probatoria por la cual el demandante debe comprobar que existe, por lo menos, una probabilidad superior en un 50% de que uno de los demandados pudo haber causado el daño que cualquiera de los otros posibles autores (regla *more probable than not*), y en caso de no poder hacerlo, su demanda debe ser desechada¹⁰⁶. Es decir, sobre la víctima pesa la responsabilidad de comprobar, al menos, que alguno de los integrantes del grupo fue el más probable causante de su infortunio, so pena de desecharse su demanda.

Ahora bien, es procedente señalar que, sin perjuicio de la validez de la idea recién expresada en un sentido general, en campos específicos del ordenamiento jurídico británico existen antecedentes recientes de aceptación de la responsabilidad solidaria de todos aquellos posibles autores de un daño cometido por uno de ellos en forma exclusiva. Así, merece especial atención la evolución que en pocos años ha experimentado el tratamiento de los daños causados por el amianto, y en especial una de sus más temible consecuencias para quienes se exponen a sus efectos nocivos, el mesotelioma. Se trata de una clase de tumor pulmonar maligno,

¹⁰⁵ ROGERS, "Causation Under English Law", *op. cit.*, pág. 50.

¹⁰⁶ Así, ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, *op. cit.*, pág. 124. La misma regla se observa en Estados Unidos, existiendo autores que critican su implementación. En esa línea, Peter SCHUCK afirma que "esta doctrina es imperfecta en dos sentidos. En primer lugar, las reglas que rigen la prueba de la causalidad...requieren que el juzgador realice juicios subjetivos y complicados respecto de las probabilidades causales y respecto del peso que tiene cierta prueba como síntoma de la existencia de la relación causal. En segundo lugar, ...estas reglas exigen por parte del juzgador elecciones binarias de todo o nada, cuando las realidades subyacentes son, en efecto, mucho más complejas" ("Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales", en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos Rosenkrantz, compilador, Barcelona, 2005, pág. 181).

de latencia especialmente prolongada, que se aloja fundamentalmente en la zona de la pleura y cuyo origen se encuentra en forma casi exclusiva en la exposición al amianto, la que no requiere ser muy extendida en el tiempo¹⁰⁷.

En el año 2002, la Cámara de los Lores se pronunció respecto del asunto *Fairchild v. Glenhaven*, consistente en un conjunto de tres recursos correspondientes a igual número de acciones deducidas por un afectado por mesotelioma y dos viudas de otras tantas víctimas de este mal. Los afectados estuvieron expuestos al amianto en razón de sus empleos en diversas empresas que, como se determinó, no cumplieron con las medidas de precaución requeridas. El problema mayor para los demandantes se encontraba en que no les era posible determinar en cuál de esas empresas contrajeron la enfermedad, razón por la cual demandaron conjuntamente a todas. Aunque en las instancias menores las demandas tuvieron una suerte irregular, la etapa procesal final fue favorable para todos sus titulares, ya que en la instancia superior se resolvió que las empresas demandadas, a pesar de no haberse demostrado su participación concreta en los hechos, habían infringido sus deberes de precaución y aumentaron los riesgos de contaminación para los trabajadores afectados. Este motivo, razonó la *House of Lords*, fue suficiente para estimar atenuadas las reglas probatorias de la causalidad. Consecuencia: la sentencia condenó al pago de la indemnización a favor de los demandantes en forma solidaria a las respectivas empresas demandadas (responsabilidad colectiva, en nuestras palabras).

En el año 2006, la doctrina sentada respecto del mesotelioma con esta sentencia fue modificada por un nuevo fallo, de 3 de mayo de ese año, esta vez recaído en el caso *Barker v. Corus*. Los hechos de la causa presentaban rasgos similares al anterior: tres trabajadores fallecieron a causa de la exposición nociva al amianto en empresas para las que habían trabajado de forma sucesiva. Los familiares de las víctimas interpusieron las respectivas demandas indemnizatorias en contra de

¹⁰⁷ Acerca de esta material existen dos trabajos detallados, a cargo de Albert AZAGRA MALO, “Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de riesgo”, N° 355, julio de 2006, *InDret*, www.indret.com, y “Regreso a la solidaridad”, N° 394, enero de 2007, *InDret*, www.indret.com.

las empresas involucradas, decidiendo finalmente la Cámara de los Lores a favor de los accionantes, pero con una diferencia en relación al caso anterior: se condenó a todas las empresas demandadas al pago de las indemnizaciones, pero en forma parciaria, obviando la solidaridad sostenida el año 2002. Esto se debió a que el voto mayoritario estimó que el fundamento de la responsabilidad en el caso puntual se encuentra en la creación antijurídica de una situación de riesgo y, al ser éste, por definición, una probabilidad de daño, es divisible, por lo que los codemandados se encuentran obligados a responder por partes. Como el grado de participación exacto de cada empresa no fue posible de determinar, se fijó como criterios para precisar la cuota de cada una de ellas a la duración de la exposición, la intensidad de la misma y la peligrosidad del tipo de amianto empleado.

Estas diferencias han quedado resueltas a partir del 25 de julio de 2006, fecha en la que el Parlamento británico aprobó la Ley de Compensación (*Compensation Act 2006*), que regula en forma extensa y detallada la responsabilidad civil por mesotelioma en su artículo 3, compuesto por once párrafos. En lo pertinente a nuestro tema, esta Ley dispone, como elemento esencial, que la responsabilidad de varias empresas por daños causados por la dolencia en cuestión será solidaria. En el caso específico de desconocimiento del sujeto (o entidad) responsable de la exposición al amianto por existir una pluralidad de ellos, digamos que el precepto dispone como requisito para el nacimiento de la responsabilidad, entre otros, que, debido a la naturaleza del mesotelioma y al estado de los conocimientos médicos y científicos, no sea posible determinar con certeza si fue la exposición a una u otra causa la que provocó la enfermedad de la víctima. En esta circunstancia, surge la solidaridad entre todos aquellos responsables por la afección del perjudicado, con lo que, por esta vía, se ha repuesto la regla originalmente acuñada en la sentencia *Fairchild v. Glenhaven*.

Pasando a otro plano del análisis, digamos que, en términos generales, entre los autores y tratadistas de países que adscriben al Derecho anglosajón hay opiniones que aportan matices diversos. En Inglaterra, por ejemplo,

una opinión¹⁰⁸ sostiene que la carga que pesa sobre el demandante de probar la relación de causalidad (*causation*) puede ser muchas veces una complicación exagerada para éste, por lo que, en principio, se justificaría una inversión de dicha carga, obligando al demandado a demostrar su irresponsabilidad en el asunto en el que se le involucra. Pero también se señala que, en los casos de daño causado por un miembro desconocido de cierto grupo determinado, ello podría causar serios inconvenientes a aquellos demandados inocentes, por lo que esa solución sería aplicable solamente a casos de coautoría (*joint tortfeasors*) o de responsabilidad por hecho de otra persona (*vicarious liability*).

De manera diferente razona WEIR, para quien es perfectamente posible aplicar una regla por la que se condene a los integrantes de un grupo por el daño provocado por uno de ellos, sin que sea necesario restringir esa solución a los casos de coautoría, por lo que no observa ningún problema de relación de causalidad o autoría. Donde plantea su duda es respecto de la condena del grupo en forma solidaria, puesto que, sostiene, la solución de esta forma de comisión de un hecho dañoso se basa en la duda, que se resuelve a favor de la víctima, por lo que no se podría aplicar una fórmula como la de la solidaridad, para garantizar el pago de la indemnización, cuando se está condenando a alguien que posiblemente es inocente¹⁰⁹.

En otro sentido, John FLEMING afirma que la simpatía por la víctima ha producido una lenta pero sostenida relajación de las reglas sobre prueba de la relación de causalidad, lo que ha beneficiado a ofendidos por diversos sucesos en que tal prueba es particularmente difícil, como el caso del daño causado por un miembro desconocido de un grupo identificado. Según este profesor de la Universidad de Berkeley, dos son las razones que justifican esta modificación de los principios tradicionales: primero, porque es más justo que sean los miembros de ese grupo quienes se exculpen antes que obligar a la víctima a probar cuál de ellos fue el responsable y, segundo, porque esta inversión de la carga de la prueba es admisible cuando la negligencia del ofensor ha destruido la capacidad del demandante para

¹⁰⁸ HEUSTON y BUCKLEY, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, *op. cit.*, págs. 266 y 267.

¹⁰⁹ WEIR, "Complex liabilities", *op. cit.*, págs. 46 y 47.

procurarse medios de prueba que le permitan identificar al autor material. “La ley prefiere una oportunidad del 50% de hacer justicia a la certeza de cometer una injusticia”, ha dicho este autor¹¹⁰.

Ahora bien, cabe preguntarse si en aquellos casos en que se ha aceptado la condena de los miembros del grupo ésta se traduce en forma solidaria o de acuerdo a una regla diferente, impuesta en la respectiva sentencia. La respuesta es que las condenas por daños de esta especie han aplicado la solidaridad a todos los miembros del grupo, en una extensión de las reglas aplicables a los llamados *joint tortfeasors*. En el sistema del *Common Law*, al igual que en el europeo continental, es posible distinguir diversas clases de intervención plural de agentes en la producción de un daño¹¹¹. Así, se distingue en la tradición anglosajona entre *joint tortfeasors* y *several tortfeasors*, según sea la forma de actuación de los diversos dañantes (*tortfeasors*). El primer concepto comprende aquellos casos en que, existiendo un solo daño, cada persona que interviene en la causación del mismo es responsable por el total del daño y, por ende, por el total del resarcimiento, de modo que la víctima podrá dirigirse por el todo en contra de cualquiera de los demandados. Esto porque la idea de *joint tortfeasors* corresponde a sujetos que actúan concertadamente (lo que equivale a los coautores). Lo mismo ocurre en la figura de *several tortfeasors*, esto es, varios sujetos que actúan de manera independiente, sin concierto previo, pero que provocan el mismo daño. Si, en cambio, este grupo de personas que procede de forma separada provoca cada uno daños distintos, la responsabilidad será individual, aunque conserven la calidad de *several tortfeasors*¹¹².

¹¹⁰ FLEMING, *The Law of Torts*, *op. cit.*, págs. 299 a 301; y *An introduction to the Law of Torts*, *op. cit.*, págs. 146 a 148. Sin embargo, en otra oportunidad y a propósito de esta clase de daño, el mismo autor ha manifestado su rechazo a la noción de culpa colectiva basada en el solo hecho que de que el ofendido no pueda demostrar al autor material, a menos que un fundamento de equidad así lo exija (*An Introduction to the Law of Torts*, *op. cit.*, págs. 147 y 148).

¹¹¹ Sobre esta materia, DIAS y MARKESINIS, *Tort Law*, *op. cit.*, pág. 434.

¹¹² Sobre esta materia, señalemos que el *American Law Institute*, entidad norteamericana de carácter privado, emite periódicamente el *Restatement of the Law*, un intento de sistematización del *Case Law* de los Estados Unidos, donde se proponen soluciones a diversos problemas derivados de su operatoria. Pues bien, el *Restatement of the Law, Third: Torts, Apportionment of Liability*, del año 2000, dedica toda una sección al estudio de las reglas de distribución de la responsabilidad entre los autores del daño que se observan en el derecho norteamericano. Entre esas reglas se observa la solidaridad (*joint and several liability*), mancomunidad (*several liability*) y la solidaridad corregida (*joint and several liability with reallocation*), en virtud de la cual si uno de los corresponsables

5. LATINOAMÉRICA

En el ámbito latinoamericano es donde un menor grado de evolución se puede observar en relación con el criterio culpabilístico que ha inspirado la codificación en estos países, que viene inspirada fundamentalmente por el Código de Napoleón y que implica que la responsabilidad es principalmente individual y cuyo criterio de imputación es la culpa. De este modo, como regla general, en estos sistemas, quien alegue haber sido víctima del actuar de un individuo debe comprobarlo fehacientemente y demostrar que ese individuo es el autor del hecho, que actuó culpablemente y que a consecuencia de ese comportamiento causó al ofendido el perjuicio cuyo resarcimiento éste reclama. De tal suerte, si un grupo de personas lleva a cabo una actividad y en su desarrollo uno de sus miembros daña a un tercero, éste tendrá la carga de probar la actuación culposa de aquél y el nexo causal respectivo con el daño, caso contrario, su demanda será rechazada. A esta conclusión se puede llegar haciendo un análisis detallado de los principales códigos latinoamericanos, que no contemplan en sus articulados una fórmula de responsabilidad colectiva de general aplicación.

Sí se inicia un estudio de los principales códigos civiles de esa zona del mundo en lo que respecta a la regulación del daño causado por pluralidad de agentes, se puede observar que es frecuente la regulación de esta clase de daños, pero sólo en la medida que exista una situación de coautoría, esto es, una acción dañosa llevada adelante en conjunto por varias personas con ese objetivo. Así, por ejemplo, el Código Civil de Chile de 1855 señala en su artículo 2317 lo siguiente: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”. Se trata de una disposición que reglamenta la figura de la participación conjunta de varios individuos en la comisión de un daño, con

comprueba que otro de ellos es insolvente, es posible redistribuir la cuota del insolvente entre todos los demás corresponsables y la víctima. Cualquiera de estas reglas puede aplicarse como solución al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Acerca de esta materia, hay una sistematización en el trabajo de Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Editorial Cívitas, 2007, pág. 138 y ss.

independencia de si ha existido o no concierto previo entre ellos; lo realmente importante es que exista unidad de hecho¹¹³. Sobre esta norma, ALESSANDRI precisa que “...si el delito o cuasidelito ha sido cometido por una sola persona, aunque ésta forme parte de un grupo y no sea posible determinar quién fue su autor, no hay solidaridad entre todos sus miembros...”¹¹⁴. Esta idea es casi unánime en la doctrina científica chilena, la que ni siquiera se plantea, lo mismo que la jurisprudencial, la posibilidad de ampliar la interpretación del precepto a daños de la índole que nos ocupan¹¹⁵.

Sobre la misma materia, el Código Civil argentino dice, en su artículo 1081, que “la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el Derecho criminal”¹¹⁶, lo que constituye un claro tratamiento de la responsabilidad por daños causados bajo la forma de coautoría. Al respecto, es conveniente indicar que en Argentina existe un proyecto de Código Civil del año 1998 que contempla una sección y dos artículos especialmente dedicados a la regulación de la responsabilidad colectiva, lo que demuestra el grado de importancia que se le ha asignado en este país a la forma de responsabilidad que nos ocupa. El futuro de este proyecto y su pionera incorporación de esta forma de responsabilidad está todavía en estudio en su país de origen¹¹⁷.

¹¹³ ARAYA, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Lexis Nexis, 2003, pág. 133.

¹¹⁴ ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno*, Tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda., 1983, pág. 488.

¹¹⁵ Así, CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 179 y ss.; RODRÍGUEZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 98 y ss.; ARAYA, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 126 y ss.; BIDART, José, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, págs. 128 y ss. En un sentido diferente parece manifestarse Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, págs. 421 y 422, y págs. 426 y 427.

¹¹⁶ De forma similar a las disposiciones de los códigos de Chile y Argentina se expresan los artículos 1841 del Código Civil de Paraguay, 1917 del Código Civil de México, 1983 de Perú y 1331 de Uruguay, entre otros. Los códigos de Colombia y Ecuador utilizan la misma fórmula literal que el Código Civil chileno.

¹¹⁷ Tales artículos y sus textos son los siguientes. Artículo 1672: “Cosa suspendida o arrojada. Si de una parte de un edificio cae una cosa suspendida, o es arrojada una cosa, todos los propietarios y ocupantes de esa parte del edificio responden solidariamente del daño que ella causa. Solo se libera quien demuestra que no participó en su causación.”

Ahora bien, en contraposición a la inexistente recepción del Código Civil de Argentina de la idea de responsabilidad colectiva, la doctrina científica de ese país ha dedicado numerosas páginas a la investigación de una forma de responsabilidad que ha resultado especialmente atractiva para destacados autores nacionales¹¹⁸. En este sentido, se pueden observar en este ámbito de la realidad jurídica ciertas peculiaridades, respecto de las cuales no se observa necesariamente unanimidad.

De este modo, la inmensa mayoría de los autores, por no hablar derechamente de unanimidad, apoya la idea de la condena al resarcimiento en forma solidaria a todos los miembros del grupo, bajo la denominación de responsabilidad colectiva, expresión ampliamente difundida entre los tratadistas. Sin embargo, pueden observarse ciertas discrepancias al profundizar este concepto. A modo de ejemplo, está el asunto del fundamento de esta responsabilidad. Mientras BUSTAMANTE ALSINA¹¹⁹ considera que “como aplicación de la teoría objetiva del riesgo creado, la responsabilidad colectiva nos presenta una responsabilidad sin culpa. El deber de responder no nace de una culpa en la actuación de los sujetos responsables que se vincule directamente con el daño causado”, MOSSET ITURRASPE afirma, a propósito de la actuación de varios sujetos en la generación

Según las circunstancias, la responsabilidad puede ser extendida a otros sujetos y ocupantes del edificio”.

El artículo 1673, por su parte, expresa lo que sigue: “Actividad peligrosa de un grupo. Si un grupo realiza una actividad mediante la cual se crea un peligro extraordinario para las personas o para los bienes de terceros, todos sus integrantes responden solidariamente del daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestra que no participó en su causación”.

¹¹⁸ Sobre la materia existe una nutrida bibliografía en la literatura jurídica argentina. Se recomienda especialmente la consulta de las obras de GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, 1984, pág. 151 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992; ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 164 y ss.; LORENZETTI, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *LA LEY*, 1996, N^o 150, pág. 1 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, *op. cit.*, págs. 628 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge, “Responsabilidad colectiva o anónima”, *El Derecho*, tomo 33; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código civil”, *La Ley*, 1988, entre otros.

¹¹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, *op. cit.*, pág. 631. En el mismo sentido, GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, pág. 158, y CARRANZA, Jorge A., “Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXI, abril-junio, 1978, pág. 326.

del daño, que “el estar con otros hizo factible el hecho orientado a la causación del daño, sea este hecho imputable a dolo, culpa o riesgo creado”¹²⁰.

Asimismo, la solidaridad como consecuencia de la responsabilidad no es tampoco vista como la solución ideal por ambos tratadistas. En tanto que BUSTAMANTE ALSINA opina que la responsabilidad del grupo es simplemente mancomunada, “pues frente al damnificado no hay otro criterio posible, puesto que, por hipótesis, no juegan factores diferenciales entre los responsables, y es sólo la ausencia de identificación del autor o autores del hecho lo que hizo surgir la responsabilidad de todos”¹²¹, MOSSET ITURRASPE concluye que la única forma posible de condena a los miembros del colectivo es la solidaridad (que él llama “obligación *in solidum*”), entre otras razones, porque es la única vía que posibilita a la víctima una reparación integral o plena del daño¹²².

Así, de la confrontación de opiniones de dos de los más importantes autores argentinos contemporáneos en la materia se puede hacer un mínimo resumen de los distintos pareceres apreciables en la doctrina. Sin embargo, es necesario enfatizar que la responsabilidad colectiva como solución al daño en cuestión no es objeto de discusión para los tratadistas del país sudamericano. Las diferencias aparecen en los matices.

La somera referencia a la situación del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en América Latina que acabo de hacer constituye al mismo tiempo una vista general del estado de esta forma de daño en esa parte del mundo. Sin embargo, y aunque la regla de la responsabilidad colectiva no ha encontrado una consagración expresa en los vigentes códigos latinoamericanos, entendiendo esto como una formulación normativa de general

¹²⁰ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, pág. 13. Aunque es necesario precisar que a lo largo de su trabajo este autor sostiene reiteradamente que el comportamiento antijurídico se manifiesta en la actividad riesgosa del grupo, lo que parece demostrar cierta tendencia del autor a entender la responsabilidad grupal como consecuencia del riesgo que nace de la conducta del conjunto.

¹²¹ BUSTAMANTE ALSINA, *op. cit.*, pág. 629. Del mismo modo, LORENZETTI, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *op. cit.*, pág. 2.

¹²² MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, págs. 46 y 47.

aplicación, sí se puede observar una extendida aplicación de las reglas que en el Derecho Romano recibían la denominación de acciones *effusis vel deiectis y positum vel suspensum*¹²³. Como señalé en el apunte histórico de la responsabilidad colectiva, estas acciones eran concedidas en el edicto del Pretor a favor de aquel que hubiese sufrido un daño a causa de un objeto arrojado o lanzado desde la parte alta de un edificio o que se encontraba colgado o suspendido en esa misma ubicación, desde donde caía. El sujeto pasivo de tales acciones era el jefe de familia que habitase esa casa o edificio (*habitor*), independientemente de que él hubiese sido o no responsable del suceso dañoso.

Estas acciones pasaron desde el Derecho Romano a las Partidas y de ahí hasta muchos de los modernos códigos de Latinoamérica, y es así que el Código Civil de Chile lo consagra con las siguientes palabras en el artículo 2328: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola”. Utilizando expresiones más o menos cercanas a las que emplea esta disposición, dan cabida en su articulado a este tipo de acción los códigos de Argentina (artículo 1119)¹²⁴, Cuba (artículo 93), Colombia (artículo 2355), Paraguay (artículo 1851), Uruguay (artículo 1330), México (artículo 1933) y Puerto Rico (artículo 1810)¹²⁵.

Frente a esta generalizada aceptación de aquellas viejas acciones provenientes de la antigua Roma, sumada a los artículos especialmente destinados a la responsabilidad por daños causados por varios sujetos conjuntamente, es perfectamente válido preguntarse qué es lo que ha detenido a los codificadores latinoamericanos para establecer una norma que definitivamente

¹²³ Artículo 1910 en el Código civil de España.

¹²⁴ Este artículo del Código civil argentino es especialmente importante, porque es a él al cual se aferra la doctrina científica de ese país para justificar la condena solidaria de los miembros del grupo, a través de su aplicación extensiva y analógica a otras situaciones de hecho idénticas.

¹²⁵ Códigos como el de Brasil, por ejemplo, no incluyen un tipo de regulación como el de los cuerpos legales mencionados.

consagre la responsabilidad colectiva, puesto que no me parece que este supuesto, el de cosas caídas o arrojadas desde un edificio, sea tan importante, en relación a otras hipótesis similares, como para darle un tratamiento especial y exclusivo. Es indudable que la responsabilidad colectiva en Roma puede haberse tratado en este tipo de situaciones solamente, debido a su frecuente ocurrencia, pero no se vislumbra por qué ello debe seguir sucediendo en nuestros tiempos. Si hay artículos en estos códigos que solucionan el problema en tales casos, ¿por qué no establecer una regla general y universal para todas las situaciones de daño causado por el integrante desconocido de un determinado grupo, cualquiera que sea su naturaleza? Me imagino que la respuesta puede estar en la aún fuertemente arraigada fidelidad a ciertos criterios tradicionales (culpa, relación de causalidad) que no son tan fáciles de abandonar, o por lo menos de flexibilizar, y que han acompañado el Derecho civil latinoamericano desde sus comienzos, y respecto de los cuales la responsabilidad colectiva es un indudable cuestionamiento.

6. OTRAS LATITUDES

El Código civil holandés de 1996 es uno de los códigos europeos que también contempla la hipótesis de responsabilidad colectiva, existiendo dos normas que cabe analizar al respecto. La primera de ellas es el artículo 99 del Libro VI, que dispone que “cuando el daño pueda haber resultado de dos o más acontecimientos por cada uno de los cuales sea responsable una persona, y se haya determinado que el daño se haya producido como consecuencia de, al menos, uno de dichos acontecimientos, la obligación de reparar el daño corresponderá a cada una de dichas personas, a menos que pruebe que el daño no es el resultado del acontecimiento por el cual ella misma es responsable”¹²⁶.

¹²⁶ Art. 99: “Where the damage may have resulted from two or more events for each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable”. La traducción del inglés corresponde a MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA, Albert, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 65, pág. 855.

Si bien en forma inicial la redacción del precepto no aclara totalmente lo expuesto al inicio de este párrafo, MÚRTULA nos informa que éste ha sido utilizado en varias ocasiones por los tribunales de Holanda para resolver hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo¹²⁷. Lo cierto es que tal conducta de los juzgadores holandeses no carece de fundamento. Si se analiza el texto del artículo se observa que reglamenta un caso de daño que tiene su origen en una conducta específica realizada por varias personas, bastando la constancia de que una sola de esas conductas sea la creadora de ese mismo daño para que se condene a todos aquellos que ha realizado la misma actividad. Por supuesto que el precepto que se comenta no habla expresamente de un desconocimiento completo de la conducta puntual que provoca el daño, pero la mínima exigencia de que sólo una de las conductas lo haya causado basta para aplicar extensivamente la norma a estos supuestos de autoría desconocida.

Gracias a la información que nos suministran MARTÍN CASALS y RUDA¹²⁸ sabemos que la jurisprudencia holandesa ha restringido la aplicación de esta interpretación mediante ciertos requisitos exigidos: es necesario,

¹²⁷ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, Dykinson, 2005, pág. 50. En efecto, tal como lo señala la autora, esta disposición ha constituido la base para resolver hipótesis de esta especie. En particular, la *Hoge Raad* resolvió en el año 1994 un caso de daño causado por el medicamento DES, un fármaco cuya intención original era evitar abortos espontáneos en mujeres embarazadas, pero que terminó provocando cáncer a las hijas de las consumidoras del producto y a sus respectivas descendencias. El gran problema que se les planteaba a las afectadas era la identificación del productor, entre varios posibles, que había puesto en circulación el DES consumido por sus madres, puesto que era imposible determinarlo con precisión si es que el medicamento había sido consumido muchos años atrás. Las demandas indemnizatorias por daños causado por el fármaco DES se han resuelto en Estados Unidos a través de la fórmula *market share liability*, que estudiaremos en detalle en el próximo capítulo. Sin embargo, el Alto Tribunal holandés no recurrió a esta teoría para solucionar una demanda interpuesta por seis afectadas en el año 1986 en contra de todos los posibles fabricante y comercializadores de DES en Holanda, desconociendo el responsable puntual de sus enfermedades, sino que lo hizo, de manera favorable a las víctimas, a través del artículo 99 del Código civil de ese país, al considerar que el supuesto de hecho alegado se contenía perfectamente en el citado precepto. Además, calificó como inadmisibles que se pudiese rechazar la pretensión de las demandantes por el solo hecho de que éstas no estuviesen en condiciones de demostrar cuál de todos los productores fue el responsable de los daños sufridos o, incluso, cuál era el catálogo exacto de productores sobre los que debería recaer la responsabilidad. Así, el fallo trasladó a los productores demandados el peso de demostrar que no existían razones para imputarles responsabilidad por los daños causados, condenando solidariamente a todos aquellos que no hayan podido aportar esa prueba. Sobre este fallo, y en detalle, HONDIUS, E.H., “The Dutch Civil Code revisited/The first five years”, en *Modern Trends in Tort Law. Dutch and Japanese Law Compared*, Ewout Hondius, editor, Kluwer Law International, 1999, págs. 236 a 240.

¹²⁸ MARTÍN CASALS y RUDA, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”, *op. cit.*, págs. 855 y 856.

en primer término, que los acontecimientos involucrados sean dos o más y el daño lo haya causado al menos uno de ellos; además, es necesario conocer la identidad de todas las personas responsables de cada uno de esos acontecimientos o conductas; finalmente, se requiere que los sujetos demandados hayan actuado de un modo antijurídico. Por el contrario, no se aplicará en el sentido que nos interesa cuando se pueda precisar qué parte del daño haya causado cada demandado, cuando todos hayan actuado en conjunto o cuando el daño sólo haya podido ser causado conjuntamente por todos ellos. La necesidad de estas exigencias y exclusiones surge, me parece, debido a la amplitud del artículo 99 que, como expresé más arriba, no parece estar exclusivamente dedicado a casos de daño de autoría desconocida, como sucede con el párrafo 830 del BGB.

Los mismos autores recién citados afirman¹²⁹, basados en la doctrina holandesa y los trabajos preparatorios del Código civil de ese país, que el artículo 99 busca proteger a la víctima mediante la moderación de las dificultades probatorias de los presupuestos de su acción indemnizatoria, especialmente si se toma en cuenta que a los demandados les resulta mucho más fácil comprobar la existencia o inexistencia del nexo causal. Sería manifiestamente injusto, según los científicos holandeses, dejar que en tales circunstancias la víctima soporte el daño únicamente porque no fue capaz de probar quién lo causó. Finalmente, nuestros comentaristas nos indican que la doctrina holandesa considera que el citado artículo 99 consagra un sistema de inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual cada uno de los demandados deberá probar que no fue el autor de todo el daño.

Otro precepto del Código civil holandés que conviene mencionar es el artículo 166, que nos dice lo siguiente: “1. Si una sola persona de las que pertenezcan a un grupo causa un daño ilícitamente y la probabilidad de causar así el daño debiera haber impedido a estas personas de sus conductas en grupo, son responsables solidariamente si estas conductas les pueden ser imputadas.

¹²⁹ MARTÍN CASALS y RUDA, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003...”, *op. cit.*, pág. 856.

2. Entre ellas deben contribuir mutuamente por partes iguales a la indemnización de daños, a menos que en las circunstancias del caso requiera otra división”¹³⁰.

Lo cierto es que este artículo, por más que pudiera inducir a pensar que contempla un supuesto de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, circunscribe exclusivamente su ámbito de acción a un caso de daño causado por el miembro de un grupo, sin prever que la identidad de tal persona sea indeterminada o desconocida. Lo único que hace el artículo 166 es sancionar al grupo en su totalidad y en forma solidaria por el daño causado por uno de sus miembros, el cual es conocido, si es que la causación de ese daño no fue impedida por ellos, siendo que se encontraban realizando la misma actividad que el autor. Por lo tanto, no es posible afirmar que el precepto comentado establezca una hipótesis del daño que nos ocupa, ya que la identidad del responsable material del daño causado no es asunto controvertido ni justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria a todo el colectivo¹³¹.

Por otra parte, y aunque hiciéramos el esfuerzo de extender esta norma a casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, me parece que esta norma es incompleta en su supuesto de hecho, pues habla de un grupo de individuos que debió haberse abstenido de realizar la conducta colectiva en razón del carácter riesgoso de ella, con lo que da a entender que su ámbito de aplicación solamente se extiende a grupos que cuentan con cierta organización que les permite controlar su actuar, excluyendo a colectivos de formación espontánea y a aquellas situaciones en que varias personas realizan actividades separadas pero unidas por un vínculo común y que causan un mismo daño, sin que sea posible determinar al autor real. Recordemos que al hablar de un grupo no nos referimos solamente a una organización o a una suma de personas que realizan juntos y al

¹³⁰ “1. If a member of a group of persons unlawfully causes damage and if the risk of causing this damage should have prevented these persons from their collective conduct, they are solidarily liable if the conduct can be imputed to them.

2. Among themselves, they must contribute to the reparation of the damage in equal parts, unless in the circumstances of the case equity requires a different apportionment”. Traducción tomada del trabajo de Ignacio DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 276.

¹³¹ En el mismo sentido, MÚRTULA, *op. cit.*, págs. 50 y 51.

mismo tiempo una actividad, sino que incluimos a todos aquellos casos en que varios individuos, unidos por un nexo a determinar en cada situación, llevan a cabo una conducta dañosa donde no es posible identificar al autor material del perjuicio causado.

Sí previene esta última posibilidad el artículo 1480 del Código civil de Québec del año 1991, el que también se aboca a la responsabilidad colectiva en los siguientes términos: “Cuando varias personas han participado en un hecho colectivo culposo que ocasiona un perjuicio, o cuando han incurrido en culpas distintas, cada una de las cuales es susceptible de haber producido el perjuicio, sin que sea posible, ni en un caso ni en otro, determinar quién lo ha causado efectivamente, todas ellas están obligadas solidariamente a la reparación del daño”¹³². Manifiestamente hay en esta norma una distinción entre un hecho colectivo, entendido como accionar conjunto de una pluralidad de individuos, y una serie de conductas desarrolladas por un grupo de personas en forma culposa que genera un daño que, por la forma y circunstancias en que ellas se llevan a cabo, no puede ser atribuido a alguna de esas personas en concreto. Esta fórmula me parece más completa y técnicamente precisa si se la compara con el artículo 166 del Código holandés.

También es necesario destacar, dentro de los códigos que han implementado la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, al Código civil de Grecia, el cual, en términos muy similares a los textos de Alemania y Holanda, -razón por la cual resulta válido aplicar lo dicho respecto de éstos a esta disposición-, preceptúa en el artículo 926 lo siguiente: “Daño causado por varias personas. Si el daño es resultado de la acción conjunta de varias personas, o si varias personas son responsables del mismo daño, todas ellas están solidaria y mancomunadamente obligadas. Lo mismo vale cuando varias personas han actuado

¹³² Art. 1480: “Lorsque plusieurs personnes ont participé a un fait collectif fautif qui entraine un préjudice ou qu’elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice, sans qu’il soit possible, dans l’un ou l’autre cas, de déterminer laquelle l’a effectivement causé, elles sont tenues solidairement a la réparation du préjudice”. Referencia tomada del trabajo de Ricardo DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1997, pág. 72.

simultánea o sucesivamente y no es posible determinar el acto de la persona que causó el daño”¹³³.

Finalmente, digamos que existen, además de los preceptos analizados, dos disposiciones que se suele incorporar al grupo de textos legales dedicados a la responsabilidad colectiva. El primero de ellos es el artículo 719 del Código civil de Japón, de acuerdo al cual “cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores ha causado el daño”. El segundo es el artículo 137 del Código de las Obligaciones de Polonia, según el cual “cuando el daño ha sido causado por varias personas, estas responden solidariamente de él, a menos que establezcan cuál de entre ellas y en qué medida ha contribuido a causar el daño”¹³⁴.

Con razón Gabriel MARTY¹³⁵ ha cuestionado que estas disposiciones sean reales soluciones al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Ello, porque en ambas hipótesis existe una acción conjunta, una “unidad de acción...suficiente para fundar la responsabilidad común y solidaria. En su defecto, la cuestión consiste precisamente en saber si realmente el daño puede reputarse ‘causado por varias personas’, como lo dice el Código polaco”. En el mismo sentido razona DE ÁNGEL, para quien los preceptos en comento regulan claros casos de coautoría, supuesto distinto al que nos interesa, en que el autor es solamente uno¹³⁶.

¹³³ Traducción de Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 117, nota 229.

¹³⁴ Referencias tomadas de la obra de DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 868.

¹³⁵ MARTY, *La responsabilidad civil en Derecho Comparado*, *op. cit.*, pág. 84.

¹³⁶ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, pág. 71.

7. UN PROYECTO SUPRANACIONAL: LOS “PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD CIVIL”¹³⁷

Como es sabido, los días 19 y 20 de mayo de 2005 se realizó en Viena la presentación de los *Principles on European Law Torts* (Principios del Derecho europeo de responsabilidad civil), fruto del trabajo desplegado por más de diez años por el llamado “Grupo de Tillburg” (*European Group on Tort Law*), conjunto de académicos encabezados por el entonces catedrático de Derecho privado de la Universidad de esa ciudad holandesa, Jaap Spier. Esta reunión de profesores, especialistas en Derecho de daños tanto europeos –comunitarios como extracomunitarios-, como provenientes de otros países (Estados Unidos, Israel, Sudáfrica), confeccionaron un conjunto de paradigmas en materia de responsabilidad civil, con miras a la elaboración futura y definitiva de un Derecho de daños europeo en toda regla.

De este modo, dentro del extenso catálogo de materias abarcadas por el trabajo de esta comisión, se hizo un esquemático tratamiento de la relación de causalidad en su Capítulo 3, incluyendo sus aspectos más complejos¹³⁸. Dentro de estos se dedica un artículo relativo al análisis de la “causas alternativas”, el 3:103, cuyo tenor literal es el siguiente: “(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima”¹³⁹.

¹³⁷ Además, se puede encontrar un análisis de los principios en el trabajo de Miquel MARTÍN CASALS, “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”, *InDret*, N° 284, www.indret.com, mayo de 2005, págs. 2 y ss.

¹³⁸ Así, se pueden encontrar artículos destinados a la regulación de la *conditio sine qua non* como principio básico en materia de causalidad (3:101); causalidad concurrente (3:102); causas potenciales (3:104); y causalidad parcial incierta (3:105), por mencionar algunos ejemplos.

¹³⁹ Art. 3:103. “Alternatives causes (1): In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim’s damage”. Esta traducción corresponde al profesor Miquel MARTÍN CASALS, quien además de ser miembro del “Grupo de Tillburg”, tuvo a su cargo la traducción de los “Principios...” al español y el catalán (<http://www.egtl.org/principles/index.htm>).

La regla básica que se ha pretendido consagrar en el precepto es que cada una de las causas que intervienen en la causación del daño (miembros del grupo), aunque ella sea en la práctica una sola y no se sepa cuál de todas es la productora de aquel, debe ser considerada como suficiente para producirlo, es decir, como *conditio sine qua non* del daño¹⁴⁰. Esto es consecuente con la regla básica en materia de causalidad que defiende este proyecto, establecida en el artículo 3:101, según el cual “una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”¹⁴¹.

Como ha dicho MARTÍN CASALS, los Principios han optado por implementar un sistema intermedio entre aquellos ordenamientos europeos, como el alemán, que acogen la condena del grupo, y aquellos que rechazan esta posibilidad, como ocurre en Italia, imponiendo una responsabilidad parcial a los integrantes del colectivo de acuerdo al grado de probabilidad de que cada uno de ellos haya causado el daño¹⁴². Ahora bien, la duda surge respecto a la medida de probabilidad que debe ser utilizada para considerar a cada integrante del grupo como causante del desmedro de la víctima, porque el precepto en comento no establece un parámetro de mensura para estos efectos¹⁴³. Mi opinión se inclina por que tal medida de probabilidad la proporciona la concurrencia de los requisitos que he configurado como constitutivos de la responsabilidad colectiva en este capítulo, en especial la comprobación de la participación de cada sujeto en el grupo y la relación de causalidad entre la actividad de éste y la causación del daño. Si se prueba adecuadamente la pertenencia del sujeto al grupo en cuestión y el vínculo entre grupo y daño, me parece que queda suficientemente conformada la probabilidad que aquél haya sido el autor material buscado, requerida por esta disposición.

El aspecto distintivo que se observa en la disposición, y que constituye lo que MARTÍN CASALS llama “responsabilidad parcial”, se encuentra

¹⁴⁰ En el mismo sentido, MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 69.

¹⁴¹ Art. 3:101. “*Conditio sine qua non*: An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim’s damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred”.

¹⁴² MARTÍN CASALS, “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁴³ Como podría serlo la fórmula numérica del “0,5% de probabilidad” empleada en el Derecho anglosajón.

en que no acoge un sistema de responsabilidad solidaria para los demandados, sino que instituye una fórmula de responsabilidad proporcional al grado de probabilidad de haber causado el daño correspondiente a cada integrante del grupo. Como el mismo autor señala, se establece una posición intermedia entre las dos principales posibilidades de reparación: la responsabilidad solidaria de todos los involucrados o la total ausencia de aquella. En la práctica, como lo más probable es que el demandante y el juez no se encontrarían en condiciones de precisar el grado de probabilidad de producción del daño atribuible a los distintos encausados, la aplicación de esta fórmula implicaría que cada miembro del grupo debería responder por partes iguales, es decir, mancomunadamente. Esto, si entendemos que tal probabilidad queda determinada exclusivamente por la prueba de la pertenencia de cada individuo al grupo y que la actividad de tal se encuentra ligada causalmente al daño, lo que significa que cada miembro estaría en idéntica situación procesal, debiendo entonces repartirse la responsabilidad en igual proporción entre todos.

Sin duda, parece valioso que los Principios hayan contemplado la reglamentación de la causalidad alternativa, pero me parece extraño que un sistema que busca recoger las más modernas tendencias del Derecho de daños haya dejado pasar la responsabilidad solidaria como respuesta a los daños que derivan de esa clase de causalidad, sobre todo en el estado actual de esta disciplina, en que se reconoce sin grandes reparos la función de garantía de los intereses de las víctimas que cumple la solidaridad cuando se trata de daños en que se encuentran involucrados una multiplicidad de (posibles) autores. Es posible suponer que el tema provocó discusiones en el seno de las comisiones y que, tal como lo dijo MARTÍN CASALS, se optó por una solución intermedia al problema.

CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD COLECTIVA, RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y ELEMENTOS DE IMPUTACIÓN

SUMARIO: 1. La relación de causalidad y la imputación objetiva 1.1. El problema de relación de causalidad en la responsabilidad colectiva 1.1.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones 1.1.2. Teoría de la imputación objetiva 1.1.2.1. Objeción a la teoría de la imputación objetiva 1.2. La prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad colectiva 1.2.1. La carga probatoria y el principio de aportación de prueba 1.2.2. Las presunciones 1.2.2.1. Régimen de las presunciones de causalidad 1.2.2.2. El rechazo a la tesis de la presunción de causalidad 1.2.3. Otra alternativa para la prueba causal: la relación entre el daño y la actividad del grupo como ente individual y unitario 2. El criterio de imputación subjetiva en la responsabilidad colectiva 2.1. La opinión de la doctrina 2.2. El criterio de imputación subjetiva en la jurisprudencia

Para llegar a concluir que un supuesto de hecho concreto da origen a lo que se conoce como responsabilidad extracontractual, se requiere, ya se sabe, de la constatación de un grupo de elementos, cuya presencia resulta ineludible. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo no es excepción a esta regla.

La sola existencia de un daño es un dato que, por sí solo, no sirve para atribuir responsabilidad. El artículo 1902 del Código civil tiene esto claro, cuando impone el deber de indemnizar a toda persona que, por acción u omisión, “causa un daño”, es decir, lo que se indemniza es el daño “causado”. Entonces, la obligación indemnizatoria, y el respectivo crédito a favor de la víctima, sólo puede nacer en la medida que exista y se compruebe una relación de causalidad entre el daño y la conducta, activa u omisiva, del sujeto responsable de la misma. Esta relación, nexo o vínculo de causalidad, comprobado, concluye en la determinación del autor de un daño, porque supone la conexión entre éste y aquél. Los múltiples estudios, vericuetos y penurias que significa introducirse en el mundo de la causalidad son de sobra conocidos y desbordan las pretensiones de esta investigación, por lo que mis intentos en ese sentido se limitarán a aproximar el asunto de la relación causal en la forma más funcional posible a la materia que nos ocupa, la responsabilidad colectiva. Como ya se intuye, y así se confirmará, el

problema causal es básico para la formulación de cualquier explicación científica de la condena solidaria del grupo por el daño causado por uno de sus integrantes, anónimo, y es, en realidad, el núcleo de toda la problemática surgida en torno a esta figura.

Pero no debemos olvidar que la sola comprobación de un nexo de causalidad entre el agente y el daño no es suficiente para originar la responsabilidad. La mecánica del Derecho de daños obliga a ir más allá, concretamente a la búsqueda de una buena razón jurídica por la cual debemos atribuir la obligación indemnizatoria a quien está unido causalmente con un daño. Esto, porque las razones para esta unión, para este vínculo material, pueden ser muchas, y no todas lo suficientemente poderosas como para adjudicarles semejante mérito: la intención meditada y consciente de causar ese daño, la ausencia de ese querer, pero acompañada de un comportamiento displicente y descuidado, la creación de circunstancias propicias para dar lugar a lesiones o perjuicios, o, en fin, la simple mala suerte. El proceso de búsqueda, motivación y decisión respecto de cuál de todos estos factores debe ser el considerado como suficiente para la atribución de responsabilidad se materializa dogmáticamente a través de la figura de la imputación subjetiva, esto es, el análisis de la relevancia del comportamiento del eventual responsable en el caso concreto. Las pautas que se utilizarán en este estudio reciben el nombre genérico de criterios de imputación: la culpa y el riesgo.

Como señalé en un comienzo, la imposición final de responsabilidad colectiva por el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo requiere cumplir con todo este proceso, como sucede con cualquiera otra hipótesis de daño. Lo que sucede es que, siendo éste una forma de lesión tan peculiar y compleja, las variables a tomar en cuenta inevitablemente presentan las mismas características. Entonces, el examen que en ese sentido se realizará a continuación, tratará de ser lo más completo posible, en vista de su interés, necesidad y dificultad.

1. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

“No parece necesario subrayar el hecho de que la relación de causalidad se manifiesta como elemento fundamental para que surja la responsabilidad. La jurisprudencia lo ha mencionado en tantas ocasiones que parece baladí insistir en ello”. Estas palabras que REGLERO CAMPOS¹ deslizó hace veinte años me parecen un adecuado inicio al estudio de un tema como la relación de causalidad, y sospecho que no soy el único a quien esa sentencia identifica. El problema causal ha sido históricamente el más estudiado, controvertido y complejo de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, y lo más probable es que siga manteniendo ese carácter por más esfuerzos que se hagan por clarificar todas sus aristas. Si bien es cierto que en algunas ocasiones identificar la causa de un suceso puede ser labor sencilla, cuando podemos atribuir cierto resultado, por lo menos de forma intuitiva, a quien nos parece es el origen de la conducta, lo más seguro es que la resolución del asunto sea más enrevesada y se haga necesario precisar cuál, de entre varios factores posibles, es el que ha sido causa del resultado dañoso. Y así es como han aparecido tantas propuestas en el tiempo, en la doctrina civil como en la penal, encaminadas a solucionar una problemática tan áspera y a veces derechamente confusa.

Lo más apasionante de la relación de causalidad es que su recurrencia no equivale a agotamiento. Muy por el contrario, el examen de la jurisprudencia que permanentemente emana del Tribunal Supremo parece dar cuenta de un tema de nunca acabar y que proporciona permanentemente material de análisis y discusión. Por ello es que me parece pertinente enfocar un breve estudio del nexo causal en el ordenamiento español a través de las diversas concepciones que aquél ha tenido en los últimos años y su evolución, tanto en doctrina como en los fallos de la jurisprudencia, para contextualizar de este modo a la responsabilidad colectiva como problema de relación de causalidad. El estudio de las diversas teorías elaboradas con el objetivo de diseñar parámetros que permitan determinar cuál debe

¹ REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “El nexo de causalidad y la socialización del riesgo”, en *Revista del Poder Judicial*, septiembre 1987, pág. 140.

ser el nexo causal en un caso concreto, tantas veces estudiadas y reproducidas, no parece venir al caso, siendo preferible diseccionarlas dentro de la observación doctrinal y jurisprudencial ya anunciada, para, a partir de esa descripción, tratar de acomodar la situación del daño causado por miembro indeterminado de un grupo.

Como es sabido, las doctrinas tradicionales elaboradas con respecto a la relación de causalidad, entre las que destacan nítidamente la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada, han sido fuertemente criticadas por pretender dar una solución objetiva, única y general al problema de la determinación de un nexo causal, intención que difícilmente puede concretarse a la luz de las propias deficiencias que cada una de ellas presenta² y a los

² El análisis de las críticas a las teorías de la causalidad es extenso, por lo que se impone una visión somera, pero conveniente, por lo menos en torno a las dos teorías mencionadas. Luis Díez-PICAZO hace una precisa sistematización a este respecto (*Derecho de daños*, Cívitas, 1999, pág. 334 y ss.), que constituye una guía sumamente útil. Respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones nos recuerda que se trata de una elaboración intelectual basada en las ciencias naturales, pero que no tiene en cuenta las finalidades propias del Derecho en general, y de la responsabilidad civil en particular, que no es únicamente el encadenamiento infinito de todas las causas del daño, sino cuán amplia o restringida será la imputación de la responsabilidad. Además de excesiva se le controvierte por insuficiente, ya que no soluciona el problema del nexo causal en los daños provenientes de omisiones, ni tampoco los que corresponden a las llamadas hipótesis de causalidad acumulativa o alternativa, ni menos en los daños causados por miembro indeterminado de un grupo, como ya tendremos oportunidad de ver más adelante. Finalmente, se dice que ella no aprehende inmediatamente la relación de causalidad, sino que la presupone: “la pregunta de si, suprimida mentalmente una determinada conducta, un concreto resultado se habría o no producido, sólo puede ser contestada cuando ya se sabe si esa conducta ha tenido o no influencia en la producción de ese resultado. Si ello se ignora, la fórmula de la *condicio sine qua non* no puede ofrecer información alguna al respecto” (PANTALEÓN, Fernando, “Comentario al artículo 1902 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil*, Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, coordinadores, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1983).

En cuanto a la teoría de la causalidad adecuada podemos decir, siguiendo a nuestro autor, que se le ha objetado que “el juicio de probabilidad o el juicio del ideal observador experimentado, más se parece al juego de un omnisciente, que cierra uno de sus ojos para no llegar a prever todo lo que ocurrirá”. Además, se mantienen ciertas aprehensiones acerca de los criterios conforme a los cuales debe formarse la descripción del supuesto de hecho concreto, para después formular el juicio de probabilidad del resultado, ya que la idea de “probabilidad” del mismo necesariamente se verá afectada por la suma o resta de características que caractericen al supuesto de hecho. En fin, en el campo de la ciencia penal, Claus ROXIN ha afirmado que la teoría de la adecuación es insuficiente, por cuanto se limita a excluir la imputación de los cursos causales anómalos o inusuales, siendo que existen numerosos casos en los que es posible apreciar la existencia de una causalidad adecuada en la producción de un resultado, a pesar de lo cual debe excluirse la causalidad (*Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Cívitas, 1997, pág. 361); y Hans-Heinrich JESCHECK, al analizar esta teoría y su aplicación en el Derecho alemán, complementa lo anterior al señalar que “la teoría de la adecuación es asimismo excesivamente laxa en el Derecho civil como principio limitador de la responsabilidad, por lo que apenas ha jugado un papel importante en la práctica, tal y como puede constatarse por el hecho de que la jurisprudencia ha afirmado casi siempre la adecuación del nexo causal” (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, 1993, pág. 257).

múltiples factores que inciden en la producción de los resultados. Por esa razón, ha sido frecuente que los tribunales españoles, en la conciencia de lo insuficiente y abstractas que suelen resultar las clásicas teorías y con el afán de encontrar soluciones equitativas, resuelvan los casos concretos que llegan a su conocimiento en base a criterios estrictamente prácticos y de buen sentido, en función de los hechos del caso. Así, el criterio tradicional en este sentido parece seguir la línea de considerar como relación de causalidad la o las condiciones más próximas al hecho, desechando todas aquellas que son lejanas al mismo³.

La línea expresada anteriormente es de antigua raigambre y se ha extendido por un buen número de años. Ya la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1933 afirmaba que *“en la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido ha de inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso concreto como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal”*. O también la STS de 21 de enero de 1957, por cuyo tenor *“hay que partir de la singularidad de cada caso y del juego combinado de cuantos factores pueden ligar la ilicitud de la conducta con el resultado producido”*. Estas formulaciones y las expresiones que las componen han sido repetidas por numerosas sentencias posteriores del Supremo, que buscaron desentrañar el vínculo causal de un supuesto concreto en base a consideraciones “de buen sentido”, (constituyendo, en palabras de YZQUIERDO TOLSADA, “auténticas fórmulas de estilo”⁴), lo que en la mayoría de las ocasiones se tradujo en apreciar a la relación de causalidad desde una perspectiva muy simple, centrada en las causas estrictamente materiales del suceso⁵.

³ Así, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, 1995, Bosch, pág. 487; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 1999, Tecnos, pág. 535; DE ÁNGEL, Ricardo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Cívitas, 1991, págs. 760 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 192; DE CUEVILLAS, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 2000, págs. 104 y ss.; ROCA, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 141.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, pág. 192.

⁵ Como ejemplos, STS de 22 de octubre de 1984, 18 de abril de 1985 (RJ 1770), 10 de febrero de 1988 (RJ 935), 30 de diciembre de 1995 (RJ 9616), 2 de abril de 1998 (RJ 2199).

También en cierta doctrina esta forma de ver las cosas ha tenido buen recibimiento. DE ÁNGEL, particularmente, adhiere a esta visión realista: “nos parece acertado este criterio, a pesar de su inevitable vaguedad. La culpa de la persona que ha intervenido en la sucesión de hechos provocadores del daño ha de ser valorada desde un punto de vista social, esto es, tomando como modelo de apreciación lo que usualmente se considera fuente, origen o causa de un resultado”⁶.

Esta solución, bienintencionada y que tiene el mérito de querer resolver los problemas causales a partir de ellos mismos, con prescindencia de elaboraciones teóricas previas, ha sido fuertemente cuestionada por abundante y autorizada doctrina, debido a su vaguedad, su incertidumbre, su escaso valor jurídico y, quizás, su falta de compromiso. La circunstancia de ser el juez el encargado, libre y soberano, de determinar la relación de causalidad en el caso concreto, sin más reglas que las del su propio buen sentido, la experiencia y las peculiaridades propias de la situación, inevitablemente llevan a cierto grado de inseguridad, e incluso arbitrariedad, en la fijación de la causalidad, la que dependerá del criterio del juzgador de turno. En ese escenario, es lógico que no se desarrollen pautas jurídicas estables para solucionar el problema causal⁷.

La jurisprudencia tampoco ha estado ajena a mutaciones en esta materia. A pesar de largos años de predominio de la regla del “buen sentido” y el rechazo a los “exclusivismos doctrinales”, paralelamente han ido surgiendo nuevos pensamientos, proclives a la aplicación de elaboraciones teóricas que en otro

⁶ DE ÁNGEL, *Tratado de la responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 761. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 192.

⁷ El mismo DE ÁNGEL, al igual que YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 192 y 193), reconoce esta situación en la cita reproducida más arriba. En un sentido similar DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, pág. 535; e INFANTE RUIZ, Francisco José, *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant Lo Blanch, 2002, pág. 156, quien, a propósito de la regla del “buen sentido” se pregunta: “¿no sería del todo incorrecto que acudiendo al <buen sentido> y a una <postura realista> se determinase en cada caso concreto el nexo de causalidad conforme a las <leyes de la experiencia científica> y se eligiera dentro del <infinito encadenamiento de causas> aquella relevante a los efectos jurídicos de atribución de responsabilidad haciendo uso de los <criterios de imputación objetiva>?” Un intento de respuesta a esta pregunta se planteará cuando veamos la teoría de la imputación objetiva.

momento se omitieron⁸. De este modo, se puede distinguir una primera etapa en que el Tribunal Supremo dio cabida en sus resoluciones a la doctrina de la causalidad eficiente⁹, especialmente a partir de mediados del siglo XX¹⁰. Al aplicar los postulados de esta teoría, el Alto Tribunal optó por unir causalmente el daño con aquella causa o conducta, de entre las múltiples posibles, que ha tenido la aptitud suficiente para causar por sí sola, o en conjunto con otras, el resultado final. Una muestra gráfica de esa inclinación es la STS de 27 de noviembre de 1981 (RJ 4632), que a propósito de un accidente de tráfico sostiene, en los siguientes términos, que *“...la negligente conducta del dueño del camión fue una de las causas determinantes de que éste se pusiera en movimiento, al facilitar, con ese deficiente aparcamiento, que las maniobras del codemandado, ya relatadas, fuesen acentuando la inestabilidad del vehículo hasta llegar a producir su puesta en movimiento con los lamentables efectos que ello produjo, por lo que siendo un hecho cierto la relación de causalidad física entre el deslizamiento del camión y el atropellamiento del hijo del actor, con el resultado de las graves lesiones que ello le produjo, es visto que el factor psicológico de culpabilidad del demandado señor E. fue causa eficiente del evento dañoso, sin que a ello obste que también lo fuese, y aún en mayor grado, la actuación de su codemandado señor I., porque, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 9 junio, y que reitera la más reciente, y anteriormente relacionada de 18 octubre 1979, no cabe, en el terreno jurídico, estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas, respectivamente, como mediata e inmediatamente originarias del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo, todo lo cual da lugar a la declinación del motivo”*.

⁸ Sin que por eso necesariamente se haya abandonado la tendencia realista, como lo comprueban las recientes sentencias dictadas que siguen estos principios, algunas de las cuales se mencionan en la nota 5. Por otra parte, es válida la observación hecha en doctrina en cuanto a que la invocación a estas teorías se suele dar en el marco de una búsqueda de soluciones justificadas por la justicia material (COLINA GAREA, Rafael, “La relación de causalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, director, Editorial Cálamo, 2004, pág. 91).

⁹ Como lo pone de manifiesto COLINA GAREA (“La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 91), la teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido aplicada en escasas resoluciones, entre las que se pueden mencionar, las SSTS de 28 de febrero de 1975, 29 de diciembre de 1997 (8010/1998) y 29 de diciembre de 2000 (RJ 9445).

¹⁰ DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 108.

Más precisa todavía, y perfectamente aplicable al caso anterior, parece ser la STS de 23 de septiembre de 1988 (RJ 6854), a cuyo tenor “*se hace precisa una conducta de la suficiente importancia para que pueda considerarse como desencadenante del mismo, dando lugar, con ello, a lo que por la doctrina científica civilista se viene denominando ‘causa eficiente’, reconocida y declarada también por esta Sala; no es, por tanto, preciso, a tales efectos, que el daño originado sea consecuencia directa de dicha causa siendo suficiente con que la misma fuere necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende*”.

Sin embargo, el mayor cambio experimentado en la jurisprudencia española de las décadas recientes lo constituye la aceptación e incorporación de la teoría de la causalidad adecuada (o de la adecuación), fenómeno vivido especialmente a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, y que se ha traducido en un importante número de sentencias que acogen, incluso expresamente, esta elaboración doctrinaria. Más aún, los autores tienden a reconocer en esta tendencia la actual regla general por la que se guía en Tribunal Supremo en su análisis de la causalidad¹¹, por encima de los conceptos de “criterio realista” o “causa eficiente”¹². Así, la STS de 2 de marzo de 2000 (RJ 1304) afirmó categóricamente que “*para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión –causa– y el daño o perjuicio resultante*

¹¹ Por ejemplo, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, pág. 535; DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños, op. cit.*, pág. 116; REGLERO CAMPOS, L. Fernando, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 2002, págs. 294 y 295; COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 92; y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 315. Ejemplos de fallos recientes del Alto Tribunal en este sentido son, por ejemplo, las STS de 18 de mayo de 2006 (512/2006), 14 de julio de 2006 (810/2006), 26 de enero de 2007 (80/2007), 4 de julio de 2007 (758/2007) y 12 de julio de 2007 (834/2007).

¹² Esto último a pesar de que, según REGLERO CAMPOS (“El nexo causal. Las causas de exoneración...”, *op. cit.*, págs. 295 y 296), no es evidencia suficiente para demostrar que la jurisprudencia española ha elaborado una doctrina clara sobre el nexo causal en base a la causalidad adecuada. Esto especialmente porque las sentencias más recientes del Tribunal Supremo suelen confundir conceptos tales como “causalidad adecuada”, “causalidad eficiente” o “consecuencia natural”. Un buen ejemplo en este sentido es la STS de 27 de junio de 1991, que en uno de sus fundamentos afirma que “*el Tribunal de apelación, que con correcto tratamiento de la cuestión ha entendido como causa eficiente y adecuada la existencia de irregularidad o depresión en el pavimento, como desencadenante inicial al menos del resultado y ante esa nimiedad causal puesta de manifiesto, sin descartar la existencia de otras concausas, aunque por desconocidas no pudieron ser declaradas al no ser externas y aparentes...*”

–efecto–, la doctrina jurisprudencial vienen aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para observar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el actor antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es necesaria la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”.

Así también, la STS de 11 de marzo de 1988 habla de la causalidad adecuada: “...la doctrina jurídica vertida en torno a la problemática planteada por la relación de causalidad nos demuestra la existencia de dos teorías sucesivamente dominantes: la de la equivalencia de las condiciones, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado (*conditio sine qua non*), y la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada y, solamente en el supuesto de que la contestación sea afirmativa, cabría apreciar la existencia de un nexo causal que abra paso a la exigencia de responsabilidad, bien sea ésta civil o penal. Dentro ya de la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, mayoritariamente aceptada hoy por la doctrina científica y jurisprudencial, tanto extranjera como española”¹³.

Además de esta toma de posición por la teoría de la causalidad adecuada que se puede apreciar en la jurisprudencia, la misma se ha encargado de

¹³ El subrayado es mío, y se justifica por una doble razón: al mismo tiempo que es útil para corroborar el proceso de aceptación jurisprudencial de la causa adecuada que he venido describiendo, también sirve para resaltar el vicio observable en ciertas sentencias y que ya fue denunciado más arriba, que lleva a confundir los conceptos de causa adecuada y causa eficiente.

precisar la forma en que debe operar aquella. La STS de 4 de julio de 1998 (RJ 5414), por ejemplo, expone: *“Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que, dice la Sentencia de 31 enero 1992..., «exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrina y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizado cuando la causa originada alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa independiente»; deberá valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta de la gente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.*

Si no cabe duda que los daños producidos en la casa de los actores que se designa como edificio A fueron causados por el asentamiento del terreno consecuencia de la desecación de la zona por las labores mineras realizadas, el examen de las circunstancias concurrentes llevan a la solución contraria en cuanto a los daños sufridos por la nave de nueva construcción. Iniciada la nueva construcción en el año 1989, cuando estaban en marcha las labores mineras y la desecación de los terrenos, ello debió de ser tenido en cuenta por el técnico que hizo el proyecto y dirigió la construcción al no poder ignorar las

características del terreno que exigía los correspondientes exámenes por técnicos especialistas en la materia; tales estudios del terreno le hubieran permitido adoptar las soluciones técnicas adecuadas en relación con la cimentación de la obra, siendo la falta de esas medidas la causa suficiente y adecuada de los daños sufridos por la nave; asimismo ha de tenerse en cuenta que los desperfectos en el denominado edificio B aparecieron de forma inmediata a su construcción lo que unido a su brevedad, a diferencia de los sufridos por el edificio A, permite afirmar que en su producción, no obstante su concurrencia temporal no ha tenido trascendencia eficiente la subsistencia del terreno cuya influencia hubiera podido ser evitada con la debida diligencia del aparejador proyectista de la obra”¹⁴.

Sin duda alguna, la recepción jurisprudencial de la teoría de la causalidad adecuada constituye una notable evolución en el desarrollo de la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil, recepción que ya se había verificado con anterioridad en la doctrina científica. Sin embargo, al interior de esta última han surgido opiniones que sugieren observar con cuidado esta teoría¹⁵, por cuanto ella también puede ser insuficiente si es que no se hace una correcta aplicación de su contenido. Por ejemplo, REGLERO CAMPOS es especialmente crítico con la forma en que se ha empleado la idea de la adecuación por parte de la jurisprudencia española, la cual, en su opinión, no ha desarrollado una idea coherente de causalidad adecuada, especialmente por confundir en sus sentencias una serie de ideas que no son propiamente aplicables a una estricta teoría de la adecuación. El autor ejemplifica su opinión en la ya expuesta STS de 30 de junio de 2000, donde se intenta por el Alto Tribunal una definición de la causalidad adecuada, la que en su opinión es “una fórmula en la que...se mezclan en un <totum revoltum> cuestiones tan dispares como la relación causal, su prueba, la imputación objetiva y la subjetiva, etc.”¹⁶. Y más adelante prosigue: “Lo más criticable de esta fórmula, aparte de la confusión de conceptos y de la falta de precisión dogmática que exige la distinción conceptual entre relación de causalidad e imputación causal u objetiva, es la referencia a la <necesidad>, a la que se alude en dos ocasiones...La

¹⁴ Recientemente, y reproduciendo esta sentencia, la STS de 5 de abril de 2006 (329/2006).

¹⁵ *Vid. supra*: 1, nota 2.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad...”, *op. cit.*, pág. 295.

teoría de la adecuación no se sustenta en el hecho de que un resultado sea consecuencia necesaria de un determinado antecedente causal. Para esto no hace falta construcción dogmática alguna. Si el resultado es necesario, el único problema será la prueba de que efectivamente acaeció el hecho dañoso. Probado esto, también lo estará la relación causal, puesto que se parte de la base de que el daño es su consecuencia necesaria. Pero sobre lo que se asienta la doctrina de la adecuación causal no es sobre la <consecuencia necesaria>..., sino sobre la <consecuencia probable> (*juicio de probabilidad*), esto es, sobre el resultado estadísticamente probable de un determinado antecedente causal, o de que éste sea, por sí mismo, suficiente para producir aquel resultado”¹⁷.

En otras palabras, lo que nos dice este autor es que la poca claridad del Supremo al momento de abordar las características distintivas de la causalidad adecuada ha contribuido a disminuir los méritos atribuibles a ese tribunal por adoptar la adecuación como solución al problema causal. A esta autorizada opinión, que alude, es bueno recalcarlo, a la aplicación jurisprudencial en España de la teoría de la causalidad adecuada y no a su contenido, podemos sumar la de DE CUEVILLAS¹⁸, quien, a pesar de alabar esta teoría y su paulatina asimilación por el Tribunal Supremo, nos recuerda que “ésta tiene sus inconvenientes, ya que el hecho de basarse en lo que <la experiencia ordinaria aconseja>, implica una pluralidad de hechos parecidos, para determinar efectivamente, que es lo que la vida nos aconseja en esos casos”¹⁹.

Observaciones como las apuntadas, más la influencia de autorizadas doctrinas extranjeras, son la causa de que en los últimos quince años se haya desarrollado en la doctrina científica española todo un trabajo de elaboración y propuesta de una de las formas más interesantes de acercamiento al problema causal: la teoría de la imputación objetiva. Elaborada por la doctrina penal de Alemania

¹⁷ REGLERO CAMPOS, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

¹⁸ DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 116.

¹⁹ Otro análisis recomendable sobre los problemas de la causalidad adecuada en el ordenamiento español, hecho con jurisprudencia en mano, es el de María Luisa ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Aranzadi, 2005, págs. 87 y ss.

(*objektive Zurechnung*)²⁰, consagrada ampliamente por la jurisprudencia de ese país y trasladada en España al ámbito civil en gran parte gracias a los esfuerzos iniciales del profesor Fernando PANTALEÓN²¹, a estas alturas su esencia ya es conocida. El punto de partida para el análisis se encuentra en la diferenciación del nexo causal, entendido como sucesión de hechos materiales que llevan a un cierto resultado, con el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad, por tratarse de conceptos distintos. En tanto que la relación de causalidad es una cuestión de hecho (causalidad material), de posible comprobación empírica, la imputación objetiva de un cierto resultado a la conducta de un sujeto tiene una naturaleza jurídica (causalidad jurídica)²². Por eso es que esta teoría postula que una cosa es buscar un lazo material entre el daño y una conducta, y otra diferente es encontrar una razón o título que permita imputar ese daño a la conducta en cuestión. Lo primero está en el ámbito de lo material y lo segundo en el de lo normativo²³.

El orden en el que he expresado estas ideas no es caprichoso. Cuando menciono en primer término a la causalidad como elemento material y postergo a la imputación objetiva y su carácter normativo, es porque esa es precisamente la secuencia en que debe operar el proceso que debería desembocar en la imputación de responsabilidad, o en su definitivo descarte. Para este cometido,

²⁰ Son especialmente recomendables en este sentido los trabajos de JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, págs. 248 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal, op. cit.*, págs. 342 y ss.; y, sobre todo, JAKOBS, Gunther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Editorial Civitas, 1996. En todo caso, y en un afán de justa precisión histórica, cabe señalar que el primer trabajo clave en la materia proviene del civilista alemán Karl LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (La doctrina de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva), tal como lo hace ver Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, 2008, pág. 1.

²¹ “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pág. 1561 y ss.; “Comentario al artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 1971 y ss.; “Causalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Civitas, 1995, pág. 973 y ss. También se había referido a esta teoría Santiago CAVANILLAS MÚGICA, en su trabajo “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 17, abril-agosto, 1988, págs. 386 y ss.

²² Jaime SANTOS BRIZ también hizo referencia a esta distinción, diferenciando la *imputatio facti* de la *imputatio iuris*, en su obra *La responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, 1993, pág. 246.

²³ En palabras del propio PANTALEÓN: “El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso..., no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser <puesto a cargo> de aquella conducta como <obra> de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado...” (“Causalidad e imputación objetiva...”, *op. cit.*, págs. 1561 y 1562).

específicamente para la determinación de la causalidad material, es correcta la teoría de la equivalencia de las condiciones. Como es de sobra sabido, es completamente usual en doctrina resaltar las debilidades y defectos que se observan en esta teoría, que alguna vez fue la regla general en la materia, lo que se ha traducido en su desuso como pauta idónea para la determinación de la causalidad: su reconducción a una responsabilidad desproporcionada y sin límites claros; su incapacidad de resolución de las situaciones de daños causadas por omisiones o causas concurrentes, entre otras, han provocado este efecto.

Sin embargo, la introducción y reconocimiento de la teoría de la imputación objetiva ha significado para la equivalencia de las condiciones una revalorización de sus postulados y contenidos²⁴. O más bien, ha significado un uso más adecuado de esos postulados y contenidos. Esto último porque la teoría de la imputación objetiva ya no ve en la equivalencia de las condiciones un mecanismo de determinación de cursos causales y de atribución de responsabilidades al mismo tiempo, sino que la encasilla únicamente en la primera función, como una simple herramienta destinada a comprobar la realidad o inexistencia de una situación causal material. Al privarla de la función jurídica que históricamente pretendió dársele, también se tornan infundadas aquellas críticas que se le podían formular en su rol de criterio de imputación, por cuanto deja de ser necesaria para atribuir responsabilidad alguna, sino que únicamente sirve para comprobar vínculos o relaciones materiales²⁵. Y esta función no la pueden cumplir las otras teorías acerca de la

²⁴ Se torna necesario realizar una precisión terminológica. Cuando hablamos de teoría de la equivalencia de las condiciones es más propio hacerlo de la teoría de la “condición ajustada a las leyes de la experiencia científica”, que no es sino una reformulación moderna de la primera, hecha a partir de las críticas que se le han endosado, y cuya formulación original pertenece al penalista alemán ENGISCH, y su perfeccionamiento a su coterráneo JESCHECK, según el cual la causalidad existe o se verifica “si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas con la acción según las leyes (naturales) y que se presentan como resultado típico” (*Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pág. 255).

²⁵ Dice PANTALEÓN: “Desgraciadamente, tan importante distinción no suele encontrarse en los civilistas españoles...quienes, en consecuencia, rechazan hoy mayoritariamente la teoría de la equivalencia de las condiciones como vía correcta para la determinación de la relación de causalidad...No podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a una indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable” (“Causalidad e imputación objetiva...”, *op. cit.*, pág. 1565).

causalidad (causalidad adecuada, eficiente, próxima), porque ellas son en realidad teorías o criterios de imputación, útiles para la atribución de responsabilidad, pero inservibles para determinar el nexo causal material entre un hecho y el daño.

De este modo, la teoría de la equivalencia de las condiciones queda circunscrita exclusivamente a funciones de investigación de la vinculación causal material entre hechos relacionados con el daño, y la única forma admisible de determinar esa vinculación será esa fórmula. Así, la equivalencia de las condiciones es la única teoría verdaderamente causal. Sólo si por esta vía se comprueba el lazo que une ese daño con la conducta de cierto sujeto, debe continuarse con la siguiente etapa del procedimiento, cuyo objetivo es descubrir si existe una razón jurídica para imputar la responsabilidad a esa persona. Esta labor es necesaria porque, como se comprende, el resultado al que se llegue a través de la investigación causal realizada mediante la teoría de la equivalencia de las condiciones, normalmente arrojará resultados de una extensión desproporcionada e inaceptable. La limitación de estos resultados se realizará por medio de pautas o criterios de imputación objetiva de orden jurídico, que normalmente han sido propuestos por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia, ya que es habitual que los textos legislativos no los incorporen en sus regulaciones²⁶.

²⁶ Es la observación de Pablo SALVADOR CODERCH, (junto a Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, “Causalidad y responsabilidad” (2ª edición), *In Dret*, 0/2002, pág. 7). Este autor hace una síntesis de los criterios que con más frecuencia se encuentran en los textos españoles dedicados a esta materia, especialmente a partir del trabajo de PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva...”, *op. cit.*, págs. 1566 y ss., y que, a su turno, se inspiran en la obra de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 90 y ss. Dichos criterios suelen utilizarse en un sentido excluyente, de modo tal que la verificación del supuesto que los compone implica desechar la imputación. Así, podemos enumerar los siguientes:

1.- **Principio de la causalidad adecuada o de la adecuación:** una causación sólo es jurídicamente relevante cuando no resulta muy improbable. La causalidad adecuada ya ha sido someramente estudiada en estas páginas, por lo que sólo cabe mencionar una disparidad de criterios que se observa en doctrina acerca del orden de su aplicación. Así, mientras PANTALEÓN considera que este criterio debe emplearse de forma residual y para resolver casos que no encuentren solución a través de otros criterios de imputación, YZQUIERDO TOLSADA prefiere recurrir a él en primer término y con anticipación a los demás (*Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 196).

2.- **Principio del riesgo permitido o de los riesgos generales de vida:** no se responderá cuando el daño provenga de la realización de ciertas actividades riesgosas socialmente permitidas. Este factor es, como ha observado GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, *op. cit.*, pág. 115), probablemente el más utilizado por la jurisprudencia española para absolver al demandado.

3.- **Principio de confianza:** “pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes

Sin duda alguna, el mayor mérito de la teoría de la imputación objetiva radica en la separación que lleva a cabo entre dos aspectos de distinta naturaleza: la causalidad material y la imputación del resultado dañoso. Esta distinción es clave en el moderno entendimiento del problema causal. Como lo ha dicho ROXIN, “la separación de causalidad e imputación es un logro dogmático que no se debería volver a abandonar precipitadamente”²⁷. Esta recomendación parece tener aceptación en la doctrina civil española, por cuanto, y a pesar de ciertas indiferencias iniciales, hoy en día se va haciendo cada vez más difícil encontrar textos en los que se rechace la imputación objetiva o, por lo menos, en los que no se le mencione como mecanismo solvente en la resolución de los problemas de atribución de responsabilidad²⁸.

Ahora bien, el panorama de la doctrina civil en la materia, recientemente descrito, no es idéntico al de la jurisprudencia. La realidad en este ámbito es que la teoría de la imputación objetiva no ha cuajado completamente en

de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás”.

4.- **Principio de prohibición de regreso:** no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado, originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero.

5.- **Principio del ámbito de protección de la norma:** la infracción de una norma cuya finalidad no es proteger el bien jurídico lesionado no puede ser esgrimida para imputar el resultado dañoso al agente.

6.- **Regla del consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo:** no es imputable al agente el resultado dañoso si es que el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible.

²⁷ ROXIN, *Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 353.

²⁸ Además de las obras de PANTALEÓN y CAVANILLAS MÚJICA, ya mencionadas, se puede citar como ejemplos válidos a DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, págs. 340 y ss.; ROCA, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 140; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 1996, págs. 217 y ss., y “Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, en *InDret*, 1/2004; INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, págs. 149 y ss.; REGLERO CAMPOS, “El nexa causal...”, *op. cit.*, págs. 285 y ss.; MONTERROSO CASADO, Esther, *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, Aranzadi, 2001, págs. 81 y ss.; COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, págs. 87 y ss.; y ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva...*, *op. cit.*, págs. 79 y ss. Sin rechazar abiertamente la teoría, pero sí algo reacios se muestran YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 187 y ss., y DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, págs. 66 y 67. En un sentido diferente, orientado a criticar la aplicación de esta doctrina en el ámbito civil español, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, *op. cit.*, quien, en síntesis, cuestiona que para determinar la ilicitud de una conducta sea necesario identificar una etapa intermedia entre la causalidad y la imputación subjetiva (dolo o culpa), reconduciendo a esta última la mayoría de los criterios de imputación objetiva ya mencionados, los que, por lo tanto, son en realidad “criterios de imputación subjetiva”.

fallos del Tribunal Supremo que puedan constituir una verdadera y consolidada doctrina jurisprudencial, por lo que la tarea de encontrar sentencias del alto tribunal que distingan entre la relación causal material o de hecho y la imputación objetiva no es siempre sencilla. Sin embargo, y como se ha observado por parte de ciertos autores²⁹, es posible constatar una incorporación lenta pero constante de los conceptos propios de la teoría de la imputación objetiva en resoluciones recientes del Supremo. Un ejemplo lo constituye la STS de 20 de febrero de 2003 (RJ 1174), que apoya la diferenciación entre la faceta fáctica de la relación causal y sus aspectos normativos: “...la fijación del nexo causal en su primera secuencia (material) tiene carácter indefectiblemente fáctico, y por ende probatorio, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el art. 1902 CC...que no contiene regla de derecho probatorio,...y aunque el posterior juicio de imputación (causalidad jurídica-adequación-) es revisable como “questio iuris”, obviamente requiere como antecedente insoslayable la realidad de aquella causalidad material o física”.

Asimismo, la resolución del Supremo de 24 de mayo de 2004 (RJ 4033) profundiza estos conceptos, realizando una lúcida distinción entre las ideas de causalidad, imputación objetiva e imputación subjetiva: “El juicio sobre la causalidad ‘jurídica’ se visualiza en dos secuencias, la primera de las cuales hace referencia a la causalidad material o física, que se presenta en el proceso como un problema eminentemente fáctico, y, por ende, como ‘thema probandi’, ajena a los preceptos sustantivos como los arts. 1902 y 1903 CC que sirven de fundamento casacional al motivo, por lo que solamente mediante la denuncia de error en la valoración probatoria en la forma adecuada cabe una verificación en este recurso. La segunda secuencia –que sí es controlable en casación-, hace referencia al juicio sobre la adecuación o eficiencia de la causa física o material para generar el nexo con el resultado dañoso, cuya indemnización se pretende en la demanda”.

²⁹ COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 93, ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva...*, *op. cit.*, págs. 17 y ss., GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, *op. cit.*, pág. 112 y ss., y MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 250.

Y continúa la reflexión de la Primera Sala del Alto Tribunal: *“Esta Sala tiene declarado que se requiere una cumplida demostración del nexo causal, porque el ‘cómo’ y el ‘por qué’ se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso..., y aunque para tal demostración no son suficientes las meras conjeturas, deducciones o probabilidades..., sin embargo en determinados casos se admite la posibilidad de que la certeza se resuelva mediante una apreciación de ‘probabilidad cualificada’...Asimismo viene entendiendo la jurisprudencia que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos...que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última...Por otro lado, y en la perspectiva ya del reproche subjetivo...la culpa extracontractual, sancionada en el art. 1902, consiste no ya en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que se actúa...”*.

Más cercana en el tiempo es la STS de 19 de octubre de 2007 (1067/2007). Esta decisión del Tribunal Supremo, luego de repetir la exigencia de la prueba de la relación de causalidad material como presupuesto para el nacimiento de la responsabilidad civil, aunque ella no se logre con certeza absoluta, sino en base a un juicio de probabilidad cualificada, señala, en un comentario muy clarificador acerca del carácter que le otorga a la causalidad adecuada, que *“otra es la cuestión del posterior juicio de imputación, que es revisable como quaestio iuris, a partir de su antecedente insoslayable que es la causalidad material o física...y que consiste en una valoración de las diversas conductas concurrentes y de su respectiva circunstancia a los efectos de determinar si puede ponerse a cargo del agente el daño, o en qué medida es justo hacerlo, lo que depende de una serie de criterios de imputación objetiva, en los cuales se encuentra el de la causalidad adecuada...”*.

En suma, parece ser que la admisión jurisprudencial de la teoría de la imputación objetiva está encaminada, por lo que se puede observar en las

sentencias reseñadas, así como en varias otras³⁰ que constituyen un verdadero germen de una doctrina sobre la materia, pero en todo caso se trata de un camino recién iniciado, y de mucho recorrido por venir, por lo que las conclusiones finales sobre el tema no pueden adelantarse todavía.

1.1. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

El problema enunciado consiste en descubrir si la relación de causalidad, requisito ineludible e inexcusable de todo supuesto de responsabilidad extracontractual, realmente desaparece o es ignorado en los casos de responsabilidad colectiva, constituyendo así una excepción dentro del Derecho de daños, una anomalía o una forma distinta de entender las hipótesis de responsabilidad civil en base a una forma distinta de apreciar el nexo causal.

La duda surge, como lo hace notar Ricardo DE ÁNGEL³¹, porque la mayoría de los autores extranjeros que han estudiado la responsabilidad colectiva, fundamentalmente franceses, han concluido que aceptar esta figura implica necesariamente introducir a la responsabilidad civil una solución en que, al no poderse constatar el nexo causal entre el hecho y el daño, se omite la relación de causalidad en pro de soluciones de justicia innegable, puesto que se hace responsables de un daño a sujetos que sabidamente no fueron autores de él, en un completo alejamiento de los presupuestos básicos del Derecho de daños, lo cual, como ya sabemos, es totalmente inadmisibles a la luz de los principios clásicos que rigen esta materia³².

³⁰ Pueden ser consultadas sobre esta materia las SSTS de 30 de abril de 1998 (RJ 2602), 23 de febrero de 2001 (RJ 2549), 2 de marzo de 2001 (RJ 2589), 21 de enero de 2003 (RJ 1361), 24 de octubre de 2003 (RJ 7519), 12 de abril de 2004 (RJ 2611), 23 de junio de 2004 (RJ 3635), 7 de octubre de 2004 (RJ 6229), 2 de marzo de 2006 (194/2006), 21 de marzo de 2006 (258/2006), 7 de junio de 2006 (619/2006), 17 de mayo de 2007 (545/2007) y 11 de octubre de 2007 (1097/2007), entre otras.

³¹ DE ÁNGEL, Ricardo, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, número 1, julio de 1983, pág. 60. También desarrolla esta idea respecto de otro tema en su obra *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Cívitas, 1999, págs. 130 y ss.

³² El mismo profesor fue en algún momento partidario de una tesis contraria, interesante y sugestiva. Sostenía que el problema de la relación de causalidad consiste en plantearse si, frente a un resultado

Sin duda, es conveniente tener claro que cualquier acercamiento a la figura de la responsabilidad colectiva significa que en ella tendrá influencia la importancia o trascendencia que se le otorgue a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil. Es indudable que la incorporación de esta forma de responsabilidad necesariamente implica aceptar una flexibilización del papel del nexo causal desde el momento que él no se exige, al menos de la manera que ordinariamente se hace, para llegar a la sanción de todos los componentes del grupo, puesto que está claro que no todos los integrantes del colectivo han realizado la actividad dañosa y que, muy por el contrario, sólo uno de ellos ha sido el autor, conclusión en la que se acogen soluciones decididamente contrarias a la ortodoxia jurídica. Pero no por ello, me parece, la figura de la responsabilidad colectiva viene a constituir una derogación de la exigencia de la relación de causalidad, puesto que ésta no desaparece o se omite bajo ningún respecto³³. En estos supuestos existe una relación de causa a efecto entre el hecho de un agente y un daño determinado, como en todo caso de responsabilidad extracontractual, con la diferencia evidente que no es posible establecer cuál de los posibles autores es aquel a quien hay que vincular el perjuicio. Lo que pasa es que, a causa de esa imposibilidad probatoria, se resiente la causalidad al tener que vincular el daño con personas que no han sido responsables del resultado final y lesivo, los demás integrantes del grupo³⁴, produciéndose una ampliación y flexibilización del concepto de relación de causalidad, o lo que

dañoso, el agente debe responder o de qué debe responder, pero no quién debe responder, es decir, el problema de la relación de causalidad consiste en averiguar si un hecho determinado es causa de un resultado específico y no quién es el autor del mismo, el cual debe estar previamente identificado. Por lo tanto, si se toma parte por la solución de la condena de todos los miembros del grupo al que pertenece el anónimo autor del daño, lo que se está haciendo es resolver un problema de autoría y no de causalidad, puesto que se está intentando por esa vía dilucidar quién debe hacer frente a las consecuencias dañosas del actuar del agente. Una vez que se ha establecido quién es el agente productor del daño se plantea el problema de la causalidad y se debe clarificar si ese agente es realmente responsable y el grado de extensión de su eventual responsabilidad. Quién ha actuado para, a partir de ese punto, determinar quién responde, afirmaba DE ÁNGEL. Esta idea, que fue esbozada por primera vez en su escrito “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 60, no fue reiterada en posteriores trabajos dedicados a la materia (“Actuación dañosa de los grupos”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1997, y *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, págs. 864 y ss.), por lo que cabe la posibilidad que haya sido desechada por su autor.

³³ Como sí lo afirma REGLERO CAMPOS, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *op. cit.*, págs. 317 y 318.

³⁴ *Vid. supra*: Capítulo Segundo, 2, 2.2.

TRIMARCHI denomina una “causalidad sospechada”, una causalidad que solo es posible³⁵, y a la que se llega a través del camino de las presunciones de causalidad, como veremos más adelante.

¿Qué es lo que justifica tal trasgresión a la tradicional forma de entender la causalidad? Ya lo trataré en detalle al hablar de las justificaciones de la responsabilidad colectiva: un criterio de justicia elemental, manifestación del principio *pro damnato*, como es la necesidad de superar el absurdo que se encuentra tras la imposibilidad de obtener resarcimiento, al ser incapaz de identificar al responsable de su perjuicio, y un criterio técnico, representado por alcanzar uno de los objetivos básicos del Derecho de daños moderno, cual es que todos los daños sean reparados, en cuanto ello sea posible.

Sin embargo, y a pesar de los loables fines que se quiere alcanzar con la responsabilidad colectiva, me parece que es necesario encontrar un fundamento técnico que permita justificar esta solución en las herramientas que el propio Derecho nos proporciona y no conformarnos con la sola excusa de la equidad. Por ello, mi intención es pasar a la siguiente etapa de este análisis, que busca abordar el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo a la luz de las más importantes teorías elaboradas para la determinación de la relación de causalidad en los ilícitos civiles. Si en esta clase de daños el problema que se plantea es que no se sabe quién causó el daño, es decir, cuál causa de entre varias posibles es la que está conectada causalmente con el hecho dañoso, y este problema de prueba acarrea la responsabilidad del grupo, se hace necesario determinar cómo se enlaza causalmente ese evento dañoso con la actuación grupal. O, dicho de otra manera, el asunto es exponer las teorías de la causalidad al problema del daño en estudio y observar si son capaces de dar una respuesta adecuada a semejante problema según sus principios y postulados, y si además pueden sostener la solución de la responsabilidad colectiva.

³⁵ TRIMARCHI, Pietro, *Causalità e danno*, Milano, 1967, págs. 10-12, también citado por DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 55.

Antes de proseguir, me gustaría hacer ver, como ya hice a propósito de los presupuestos de la responsabilidad colectiva, que la alusión a la actividad del grupo que se viene haciendo, y que proseguirá a lo largo de este apartado, no se refiere al grupo entendido como entidad unidimensional, sino como a conjunto de personas individuales que llevan a cabo una actividad en forma conjunta, aunque no necesariamente concertada u organizada. Más adelante, y a propósito de esta misma materia, profundizaré en la explicación a este llamado de atención.

1.1.1. LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

Tal como ya se ha señalado, la teoría de la equivalencia de las condiciones fue incorrectamente entendida y utilizada durante mucho tiempo, puesto que se pretendió llegar a través de ella a una solución objetiva, general y permanente al problema de la imputación jurídica de responsabilidad por daños a una persona, siendo que su auténtico rol se limita exclusivamente a comprobar la línea causal fáctica que ha precedido al daño. Este malentendido parece estar siendo progresivamente superado en el ordenamiento español a través de la teoría de la imputación objetiva. Sin embargo, ni aún en esta faceta se trata de una teoría totalmente adecuada para resolver el problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo. Una de las principales objeciones técnicas que se le ha formulado a la teoría de la imputación objetiva en doctrina, civil y penal³⁶, se refiere a la incapacidad de resolución de la fórmula de la equivalencia de las condiciones respecto de ciertos tipos de daño, provenientes de cursos causales especiales, específicamente las hipótesis de causalidad concurrente, causalidad hipotética³⁷, pérdida de oportunidad³⁸ y los relativos a daños causados por miembro indeterminado de un grupo³⁹.

³⁶ Ya me he referido, sucintamente, a las críticas hechas por la doctrina a esta teoría (*Vid. supra*, 1)

³⁷ Sobre este tema en particular, *vid.* INFANTE RUIZ, *La responsabilidad por daños...*, *op. cit.*, y PANTALEÓN, “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 1982 y 1983.

³⁸ *Vid.* MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 250 a 254.

³⁹ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 335. En el mismo sentido, COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 83; ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexa causal e*

La primera de estas hipótesis se verifica cuando dos cursos causales distintos e independientes en su origen tienen aptitud suficiente y propia para causar un daño y lo hacen de forma simultánea, de modo tal que cualquiera de ellos por sí solo hubiese bastado para provocarlo (el clásico ejemplo es el de dos incendios que se originan en forma separada y que afectan al mismo edificio). La causalidad hipotética, en tanto, se refiere a la producción de un daño por un curso causal determinado (causa real o “adelantada” del daño), que se anticipa a otro que igualmente hubiese causado tal daño (causa hipotética o “de reserva”), como si alguien rompe accidentalmente un objeto de propiedad de otra persona, que poco tiempo después se destruye por un incendio que afecta el lugar donde es guardado por su dueño. Finalmente, quien invoca la pérdida de una oportunidad (o pérdida de una *chance*) no ha podido probar que el hecho ilícito ha sido condición necesaria del daño, esto es, no ha comprobado que el hecho en cuestión formaba parte de la cadena causal. En todos estos casos, la supresión mental hipotética de alguno de los cursos causales, que es el ejercicio que propone la teoría de la *condicio sine qua non*, no trae como consecuencia la desaparición de la consecuencia dañosa, ya que esta subsiste por la presencia de la otra cadena causal que de todas formas produce el daño. Entonces, de acuerdo a la misma lógica de esta teoría, el proceso causal mentalmente suprimido no debería considerarse como causa del daño, siendo que, en los hechos, efectivamente lo es.

Llevada esta explicación al caso del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, significa que la supresión mental hipotética de la actividad de alguno de los integrantes del grupo no suprime el daño causado, y por lo mismo no podría ser tenida como una actividad causante del daño. “El miembro indeterminado de un grupo que efectúa disparos o lanza cócteles molotov, sin que de ninguno de ellos, aisladamente considerados, se pueda decir que sin él no hubiera ocurrido el daño sufrido por la víctima, no es causante del daño de manera que habría que entender que no debe ser considerado responsable en el sentido de la condición *sqn* del daño verificado”, ha dicho DÍEZ-PICAZO⁴⁰, a propósito del tema,

imputación objetiva..., *op. cit.*, pág. 30; y, en cierto sentido, Virginia MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, pág. 80.

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 335.

dejando en claro lo evidentemente injusta que es esta conclusión por no proteger adecuadamente al ofendido, ya que como resultado final habría que concluir que ninguna de las actuaciones individuales es causa del daño, en el sentido que lo entiende esta teoría, y se debería absolver a todos los miembros del grupo.

Por otra parte, es necesario resaltar que esta falla técnica se traduce, como bien lo ha puesto de relieve COLINA GAREA⁴¹, en que la supresión mental de la conducta de los agentes, con la consiguiente permanencia del daño, también implica descartar una posible causa del daño. En efecto, al realizarse la supresión mental hipotética en la forma que se ha señalado se corre el riesgo de considerar irrelevante como causa del daño a la conducta de un agente que, en definitiva, sí pudo haberlo provocado. Sin embargo, la rigurosa aplicación de la teoría no nos podría llevar a otros resultados que los descritos⁴².

En todo caso, es necesario precisar la opinión de DÍEZ-PICAZO, porque lo cierto es que, en estricto rigor, no existe una total falla técnica de la teoría de la equivalencia de las condiciones, ya que en los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo efectivamente existe una importante probabilidad estadística de que la conducta de ese agente, que se suprime *in mente*, realmente no sea causa del daño, ya que no debemos olvidar que esta clase de daños es causado por un solo integrante del grupo. El problema, claro está, es que esta precisión no es aplicable al comportamiento del agente que sí causó el daño, pero cuya identidad se desconoce y no se puede comprobar.

La deficiencia observada deja al descubierto una de las grandes críticas que se le han formulado a la teoría de la equivalencia de las condiciones y que, en el fondo, es el verdadero origen de toda la problemática recientemente narrada: que ella sólo presupone lógicamente la relación de causalidad una vez verificada esta, en vez de aprehenderla por sí sola, esto es, que la teoría únicamente concluye que una conducta es causa de un resultado cuando se sabe previamente que existe una vinculación material entre esa conducta y el daño y que la misma es

⁴¹ COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 83

⁴² Sin desvirtuarla, como ha señalado agudamente PANTALEÓN (“Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1983).

idónea para causarlo. En otras palabras, solamente hace una comprobación *a posteriori* de la relación de causalidad. Si, por el contrario, no se ha comprobado la existencia de alguna conexión material entre la acción y el resultado dañoso, la equivalencia de las condiciones no es una teoría apta para sostener si la supresión mental de aquella influyó en la permanencia de tal resultado. Que es precisamente lo que sucede en los casos de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo⁴³, donde no existe certeza, sólo probabilidades, de que la conducta de cada uno de los agentes involucrados haya causado el daño⁴⁴.

En suma, con ciertos matices, pero con seguridad, es posible confirmar lo aseverado por DÍEZ-PICAZO: la teoría de la equivalencia de las condiciones no es útil para determinar por sí sola la relación de causalidad en los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo porque, al no descubrir esta teoría esa relación, sino que presuponerla con base a una vinculación preexistente entre acción de un sujeto y daño, mal puede descubrir la causalidad en un daño respecto del cual ese dato preexistente no se ha comprobado, sino que es únicamente sospechado.

1.1.2. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si consideramos que la teoría de la equivalencia de las condiciones no es completamente útil para comprobar la relación de causalidad en los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo; que esta teoría es la única fórmula científica que confirma la existencia de un nexo material entre el daño y sus posibles causas; y que la atribución de ese daño a cierta conducta es una labor de carácter jurídico, que corresponde al ordenamiento a través de los criterios de imputación objetiva (entre los que se encuentra, entre otros, la teoría o criterio de la adecuación), no cabe sino concluir que la vía más adecuada para

⁴³ En este sentido, MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 254.

⁴⁴ Quizás se podría intentar salvar el problema a través de la versión de esta teoría conocida como “condición conforme a las leyes” (*Vid. supra*, 1, nota 2) y resolver la cuestión del daño causado por miembro indeterminado de un grupo por mecanismos de orden científico entregados al juez para que éste concluya que la responsabilidad le corresponde al grupo en su totalidad, a pesar de desconocerse el autor directo. Sin embargo, me parece que esta solución tampoco conduce a soluciones adecuadas, porque no sirve para comprobar la causalidad real. La verdad es que nuevamente tendríamos que concluir que el juzgador está recurriendo a una presunción de causalidad.

resolver el problema causal en estos daños es la teoría de la imputación objetiva⁴⁵. Dado que, según esta teoría, el nexo causal es un asunto de orden físico y la imputación de responsabilidad es competencia del Derecho, que selecciona entre las causas del daño aquellas que van a significar el surgimiento para sus autores de la obligación de resarcir, es perfectamente posible que el ordenamiento jurídico elabore criterios o pautas que permitan atribuir la responsabilidad por el daño a todo el grupo, en ausencia de una comprobación fáctica de la causalidad.

Como ha dicho SALVADOR CODERCH, “asociar responsabilidad civil a responsabilidad por causación de daños es un error generalizado que no resiste el análisis”⁴⁶. Con esta expresión el autor ha querido, me parece, graficar una doble realidad: por una parte, no es posible imputar responsabilidad por daños a todas las causas del mismo (de acuerdo a la teoría de la equivalencia de las condiciones), porque significaría condenar individuos hasta el infinito; y por otra, porque muchas veces el legislador opta, por las más diversas razones, por responsabilizar a quienes no han sido necesariamente los causantes del daño, pero que de alguna forma tienen o han tenido alguna vinculación jurídica con el mismo (responsabilidad por hecho ajeno, por ejemplo). Si el legislador sigue este camino, lo normal es que lo haga a través de los llamados criterios de imputación objetiva. En los daños que motivan este trabajo se concreta una situación como la que observa SALVADOR CODERCH. De seguir las directrices de la teoría de la imputación objetiva y adoptamos un criterio que permita responsabilizar al colectivo por la actuación de uno de sus integrantes, estamos inmediatamente asumiendo que

⁴⁵ Curiosamente, algún autor (MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 254 a 259) ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva sería incompatible con ciertas doctrinas que buscan proteger a las víctimas de daños que por alguna razón se encuentran imposibilitadas de acreditar el nexo causal, como sucede con la teoría de la pérdida de la oportunidad, la responsabilidad por cuota de mercado y la responsabilidad colectiva. Ello, porque estas figuras constituyen manifestaciones evidentes de una ampliación y flexibilización en la forma de entender la causalidad, con la finalidad de abarcar a potenciales causantes de un daño, en tanto que la teoría de la imputación objetiva busca precisamente lo contrario, reducir el campo de la causalidad que proporciona la teoría de la equivalencia de las condiciones y así limitar el número de responsables finales. No estoy de acuerdo. El hecho de que la doctrina y la jurisprudencia se hayan esforzado en encontrar vías de reparación a ciertos daños, que por sus peculiaridades dificultan a la víctima acceder al crédito indemnizatorio, no significa ir más allá de lo razonable en la búsqueda de los responsables, extendiendo la causalidad sin límites ni cortapisas. La función de teorías como la de la responsabilidad colectiva es favorecer al ofendido, sin dudas, pero dentro de los márgenes que, con la mayor seguridad posible, nos permitan precisar a los reales responsables, actividad en la cual la teoría de la imputación objetiva es fundamental para no caer en injusticias no buscadas.

⁴⁶ SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, *op. cit.*, pág. 3.

se condenará a personas que no causaron materialmente el daño, sin perjuicio de que hayan, en los hechos, fomentado o contribuido a su causación. Es decir, se impone responsabilidad a ciertos individuos por razones distintas a la creación del daño, que no ha sido materialmente obra suya. Por todo esto es que si queremos aplicar los principios de la teoría de la imputación objetiva a los daños de miembro indeterminado de un grupo, debemos encontrar un criterio de imputación que sea lo suficientemente poderoso para justificar la condena de personas que no actuaron directamente en la perpetración del ilícito civil, al desconocerse la identidad del verdadero autor.

En ese sentido, comparto la opinión de MÚRTULA, quien ha sostenido que el criterio que debe considerarse es el de la “fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad”⁴⁷ (*Schutzzweck der Haftungsbergründenen Normen*), que en términos empleados por PANTALEÓN, es aquel por el cual “no cabe imputar objetivamente al posible responsable un resultado dañoso que caiga fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundamentarse la responsabilidad del demandado”⁴⁸. Es lo habitual que las

⁴⁷ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 85 y ss., y “La imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de autoría incierta”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007, pág. 1215.

⁴⁸ PANTALEÓN, “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1986, y “Causalidad e imputación objetiva...”, *op. cit.*, pág. 1580. A su turno, CAVANILLAS MÚGICA (“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998”, *op. cit.*, pág. 387), ha señalado que “el problema causal se reduce (o se extiende) a una interpretación finalista de la norma de conducta culpablemente infringida. Sólo serán indemnizables aquellos daños para cuya evitación, precisamente, se impone el deber infringido”.

A modo de ejemplo, el autor cita en estas obras dos clásicas sentencias del Tribunal Supremo que constituyen una aplicación del principio. La primera, de 22 de febrero de 1946, que exoneró de responsabilidad al empleador de un grupo de trabajadores que murió como consecuencia de la explosión de un polvorín, en circunstancias de encontrarse trabajando en un día domingo: el Supremo resolvió que la infracción de las normas de protección del descanso dominical no eran aptas para fundamentar una acción de responsabilidad, por no ser su objetivo la protección de la vida de los trabajadores. La otra, de 17 de diciembre de 1964, consideró que la finalidad de protección de las normas concernientes a la prohibición de transportar personas en vehículos dedicados al transporte de mercaderías no es salvaguardar la seguridad de esas personas, sino que proteger a las empresas de transportes de pasajeros, que podrían ser perjudicadas por el hecho de que eventuales clientes opten por otra forma de movilización. Se puede agregar a estos ejemplos la más actual STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 541), que absolvió a la doctora que diagnosticó un resfriado común a un lactante que falleció a los pocos días a causa de una neumonía de origen desconocido. La demanda se fundaba, entre otras razones, en que la facultativa carecía de la especialización en pediatría. El Tribunal Supremo resolvió que esa situación no implicaba culpa de la doctora ni nexo causal de esta circunstancia con la muerte del menor, y que “la obligación de indemnizar no puede derivar de la

normas de responsabilidad extracontractual busquen establecer y tipificar conductas que, en caso de materializarse, traerán como consecuencia la obligación de reparar los daños que precisamente se busca evitar a través de ellas. De modo que la víctima de un ilícito civil deberá asegurarse de fundamentar su pretensión indemnizatoria en una norma que tenga por finalidad la protección de las víctimas de la clase de daño que lo ha perjudicado, porque de lo contrario, y con base a este criterio de imputación objetiva, su demanda será rechazada.

Llevados estos conceptos a nuestro terreno, la siguiente etapa consiste en desentrañar cuál es esta “norma protectora” en los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. La tarea no es especialmente difícil si recordamos que en el ordenamiento jurídico español no existe ninguna norma que con carácter general sancione esta clase de daño, por lo que, siguiendo a la autora citada, lo evidente es recurrir a la disposición genérica de la responsabilidad extracontractual en el Código civil, cual es el artículo 1902. “Este precepto puede incluir perfectamente, en defecto de otra norma concreta aplicable, la acción de los partícipes de un grupo cuando se puede demostrar su participación en la acción común que produce el daño, aunque no se pueda determinar el autor material del daño”, ha dicho la profesora MÚRTULA⁴⁹. Ello es lógico, porque se trata de la disposición que acoge con mayor generalidad y amplitud las hipótesis de daños causados negligentemente, al que pueden reconducirse sin inconvenientes todos aquellos casos que no tengan regulación especial en leyes autónomas o que no formen parte del catálogo que el propio Código ha previsto⁵⁰.

Por supuesto que este argumento no parece ser aplicable a casos de reglamentación especial, como el artículo 33.5 de la Ley de Caza, dedicado expresamente al daño causado por miembro indeterminado de grupo, o al artículo

sola falta de especialidad en Pediatría de dicha médico ni, tampoco, de que no le comunicara dicha carencia a la demandante”.

⁴⁹ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 85.

⁵⁰ A propósito de los daños derivados de una actividad conjunta, entre los que se encuentra la categoría que nos interesa, GÓMEZ LIGÜERRE ha señalado que entre los integrantes del grupo que lleva a cabo tal actividad existen, en primer lugar, deberes conjuntos de cuidado, que imponen a todos la observancia de determinadas reglas de conducta, y, en segundo lugar, deberes alternativos de cuidado, que imponen a los miembros del grupo la obligación de velar por el correcto comportamiento de sus compañeros o, hacer todo lo posible para impedir que el daño se produzca (*Solidaridad y Derecho de daños...*, *op cit.*, pág. 373).

1910 del Código civil, que, si bien no ostenta ese carácter exclusivo, incluye dentro de su figura típica la posibilidad de un daño de esta naturaleza. Estos preceptos tienen su propia razón de ser y a ella habrá que estarse al momento de aplicar este criterio de imputación.

1.1.2.1. OBJECCIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por supuesto que, a pesar de las ideas expresadas en el epígrafe anterior, no me son ajenas ciertas objeciones que surgen del propio régimen de artículo 1902.

Básicamente, la inquietud surge porque el sistema de responsabilidad extracontractual parte de la base de una relación de causalidad física comprobada entre el daño y el actuar de su autor, lo que, ya sabemos, no es posible precisar en los daños causados por el integrante no identificado de un grupo. La determinación de la relación de causalidad material entre conducta y daño, a la que se llega por la vía de la teoría de la equivalencia de las condiciones, constituye una etapa previa a la imputación de responsabilidad propiamente tal, siguiendo los procedimientos de la imputación objetiva⁵¹. Sin embargo, ya vimos que esta fórmula es insuficiente para verificar un nexo causal cuando se trata de los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo. Entonces, si no es posible en esta clase de daño resolver el problema causal del modo que propone la teoría de la imputación objetiva (a través de la teoría de la equivalencia), ¿cómo podemos pasar a la siguiente etapa, la imputación objetiva de responsabilidad a todos los miembros del grupo?

En este punto es donde la responsabilidad colectiva se nos manifiesta muy nítidamente como una forma más de las transformaciones que ha experimentado el Derecho de daños como fenómeno vivido por sujetos individuales, mutando a una rama del Derecho que trata cada vez con más frecuencia e intensidad a daños que de una u otra manera afectan a grupos o colectivos, con todos los problemas que ello significa. No necesariamente porque nos encontremos ante un

⁵¹ También en este sentido, MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, op. cit., pág. 263.

daño causado por una pluralidad de sujetos, ya que el daño en cuestión no pertenece a esa categoría, sino porque el responsable final del siniestro no va a ser el autor directo e individual, sino que el conjunto de individuos que componen el grupo del que aquél forma parte.

En efecto, me parece que la única forma de salvar el problema de la falta de comprobación de la causalidad entre el daño y su autor en esta hipótesis, por el hecho de la imposibilidad de prueba de la misma, pasa por acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la actividad del colectivo del que el autor anónimo forma parte, en razón de la creación por parte de ese grupo de una situación de riesgo que se materializa a través de uno de sus integrantes. Se trata de una responsabilidad indudablemente individual, pero que tiene su origen en una actividad grupal, por lo cual, si la víctima se encuentra en condiciones de probar la situación de riesgo creada por el grupo y el nexo causal entre la actividad colectiva y el daño sufrido, además de los otros requisitos constitutivos de la responsabilidad colectiva que ya hemos estudiado, quedará fijado el primer eslabón de la cadena causal: el establecimiento de la base para una presunción de causalidad.

De este modo, acreditado el lazo entre daño y grupo, será posible llegar a probar la responsabilidad de cada uno de los integrantes del colectivo a través del mecanismo de la presunción de causalidad entre aquellos y el daño de que se trate, herramienta probatoria que se fundamentará más adelante. De este modo, quedará resuelto el problema causal desde un punto de vista físico, siendo posible entonces imputar objetivamente al conjunto la responsabilidad por el daño, con base en la infracción de ese grupo de la finalidad de protección de la norma, que será el artículo 1902 del Código civil en ausencia de una norma especial, disposición que consagra en el ordenamiento jurídico español el principio *naeminem laedere*, por el que se responde de todos aquellos daños causados negligentemente.

Sin embargo, se hace imperativo fundamentar técnicamente la operación que en forma sucinta acabo de diseñar, por lo que las siguientes páginas de este trabajo las dedicaré al problema de la prueba de la relación de causalidad en

la responsabilidad colectiva, con especial mención de las presunciones como mecanismo probatorio de la misma.

1.2. LA PRUEBA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Cualquiera que sea la visión teórica que se tenga acerca de la relación de causalidad (adecuada, eficiente, *sine qua non*, teoría de la imputación objetiva), los principios generales del Derecho de daños nos imponen que el vínculo material entre el daño y el actuar de un agente deba ser comprobado, por tratarse de un elemento constitutivo de la responsabilidad extracontractual, y este principio general no tendría por que verse alterado en las hipótesis de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, de modo que si la víctima no lograra probar el nexo causal específico entre el daño y un individuo su pretensión indemnizatoria debería ser, inicialmente, rechazada⁵².

Sin embargo, esta clase de lesión, por su propia naturaleza, escapa a las normas tradicionales del Derecho de daños, entendido éste como una disciplina informada por las ideas del resarcimiento integral de los perjuicios y el principio *pro damnato*. De ahí que el problema de la prueba del nexo causal se

⁵² Jean CARBONNIER, (*Derecho civil*, Editorial Bosch, 1971, pág. 73), afirma que los rasgos distintivos de la relación de causalidad son dos: su certeza y su inmediatez.

La certeza de la relación de causalidad implica que debe haber claridad en cuanto a la existencia de la vinculación entre un hecho y el daño y ello, además, debe ser debidamente comprobado. De no ser así, la pretensión de indemnización debe ser desechada. Como vemos, una característica de esta naturaleza, entendida en términos absolutos, hace completamente imposible una hipótesis como la de la responsabilidad colectiva, donde la relación de causalidad, si bien tiene existencia, porque está claro que hay un hecho realizado por un sujeto que causa el daño, aunque no se sabe cuál de todos los miembros del grupo es, no puede ser comprobada por parte del perjudicado. Por supuesto, quienes defendemos esta forma de responsabilidad y sostenemos la validez de la condena plural y solidaria de los miembros del grupo, pensamos que este requisito debe entenderse de forma atenuada y aplicarse de modo flexible, de manera que no entorpezca la consecución de la finalidad reparadora del Derecho de daños ni atente contra principios de equidad superiores a los de técnica jurídica.

El requisito de la inmediatez se refiere a la necesidad de que el resultado perjudicial sea una consecuencia directa, inmediata y necesaria del hecho dañoso, de manera tal que no haya posibilidad de atribuir determinados daños a conductas que podríamos llamar periféricas o demasiado alejadas del producto final. Advertimos que esta exigencia no implica necesariamente una inmediatez temporal, en el sentido que el hecho dañoso haya precedido inmediatamente al daño, desde un punto de vista cronológico; lo que se exige es que la relación de causa a efecto entre el evento y el daño sea inmediato, esto es, que el hecho haya sido necesariamente el detonante del resultado dañino, independientemente de su proximidad en el tiempo.

transforme en un escollo durísimo de salvar a la luz de los criterios ortodoxos, por lo menos si lo que se busca es atender el sufrimiento de la víctima de modo preferencial y no rechazando su pretensión indemnizatoria por la sola falta de acreditación de la causalidad.

Como ya he señalado en muchas oportunidades, en los daños que motivan este trabajo no se conoce y no es posible probar la identidad del sujeto causante, lo que equivale a decir que no se conoce y no es posible probar la relación de causalidad, debido al anonimato que ofrece la pertenencia al grupo. De modo que esta incapacidad debe enfrentarse por vías alternativas que concilien la necesidad de cumplir con la exigencia de la prueba, por una parte, y el imperativo de protección de las víctimas que inspira al moderno Derecho de daños, por otra, amén de la obligatoriedad de resolver el problema causal desde un punto de vista físico, para poder avanzar al estadio siguiente, que no es otro que la imputación objetiva. Así, mi opinión se inclina por analizar dos posibles soluciones, que me parecen adecuadas y pertinentes. La primera consiste en entender que la prueba de la relación causal se logra a través de una presunción, por medio de la cual se atribuye a los integrantes del grupo la calidad de autores, quedando obligados todos ellos, en virtud de un mecanismo de inversión de la carga probatoria, a demostrar la inexistencia de ese vínculo causal, bajo el apercibimiento de ser condenados en forma solidaria al pago de la correspondiente indemnización. Por supuesto que se trataría de una presunción *iuris tantum*, que no eximiría al dañado de la prueba del daño ni de la culpa (aún cuando respecto de esta última también opere un mecanismo similar).

Otra alternativa es entender que la prueba causal se produce directamente, sin necesidad de recurrir a presunción alguna, ligando inmediatamente el suceso dañoso con la actuación grupal. Recordemos que uno de los requisitos que deben concurrir para el surgimiento de la responsabilidad colectiva está dado por la comprobación, a cargo del demandante, de la relación de causalidad entre el daño y la actividad del grupo del cual el autor anónimo forma parte. Esta exigencia permite contar con un hecho base, debidamente probado, que es útil para construir una presunción de causalidad, o bien puede simplemente ser el evento que debe ser

unido causalmente con el daño, caso en el cual no se requeriría acudir a la mentada presunción.

La elección de uno u otro camino tiene consecuencias importantes, como se verá más adelante, especialmente porque la opción por la presunción de causalidad implica, en principio, la alteración de reglas habituales para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual. Pero también porque a través del camino de las presunciones se llega a una responsabilidad individual por un hecho grupal, en tanto que la atribución del nexo causal únicamente a la actividad del grupo da origen a la responsabilidad de éste, entendido como una entidad unitaria, distinta a sus integrantes, quienes no podrían alegar la ausencia de responsabilidad por el motivo que fuese.

Para abordar esta materia haré inicialmente una breve mención al problema de la carga de la prueba, directamente relacionado con el tratamiento de las presunciones y de la prueba de la relación de causalidad en general, para posteriormente pasar a la búsqueda de la solución más adecuada a nuestro problema, considerando especialmente el hecho del silencio que en materia legislativa existe sobre este asunto.

1.2.1. LA CARGA PROBATORIA Y EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PRUEBA

Originalmente, las normas de la carga de la prueba se encontraban contempladas en el Código civil, específicamente en el artículo 1214, que establecía el principio general sobre la materia, cuando señalaba que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. Hoy en día, derogada esta disposición por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, este principio se encuentra consagrado positivamente en el artículo 217, números 2 y 3 de ese texto legal⁵³.

⁵³ En lo pertinente: “Artículo 217. Carga de la prueba.

Es sabido que la idea de carga de la prueba se refiere a aquellas normas encargadas de indicar a quién hay que atribuir las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de acreditación de un hecho relevante para resolver el litigio⁵⁴. Se suele hablar de ella en un doble sentido: como carga en sentido formal, es decir, quién tiene en un proceso la situación subjetiva adecuada para provocar que en él se practique prueba, y en sentido material, no ya como una regla de derecho aplicable en el momento de practicarse la prueba, sino en el momento de la sentencia⁵⁵.

El artículo 217, ya citado, realiza una labor de distribución de la carga probatoria entre las distintas partes del proceso en función de criterios de normalidad, los que están determinados por el beneficio jurídico que reporta a cada una de ellas la efectiva certeza de los hechos alegados que se obtenga mediante los diversos medios de prueba empleados⁵⁶. En otras palabras, y como regla general, actor y demandado deberán, respectivamente, acreditar aquellos hechos en los que se basa su pretensión o su oposición. Además, en virtud de los principios procesales dispositivo y de aportación de prueba, las partes tienen a su cargo el proponer las pruebas que consideran necesarias practicar para sus fines, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite al tribunal indicar o señalar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica estima conveniente en caso de que considere que las propuestas por las partes puedan

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

⁵⁴ Así, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “Comentario al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Faustino Cerdón Moreno (coordinador), Aranzadi, 2001, pág. 785.

⁵⁵ ORTELLS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 2003, pág. 407.

⁵⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, pág. 787.

resultar insuficientes para esclarecer los hechos sometidos a su conocimiento y fallo⁵⁷.

Ahora bien, cabe señalar que los principios recién expuestos tienen una matización importante en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta disposición contiene una norma por la cual se establece que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Este importante precepto otorga al juez la posibilidad de valorar no sólo los hechos que constituyen la base para la aplicación de las normas sobre carga de la prueba, sino también para mensurar aquellas circunstancias que faciliten o dificulten la actividad probatoria de las partes, de manera tal que pueda llevar a cabo una distribución probatoria y una apreciación de las mismas en función de esa facilidad o dificultad⁵⁸. Así, “si un hecho favorable a la contraparte, según el régimen reglado, no ha resultado probado, las consecuencias desfavorables de la falta de prueba podrán imputarse a la parte que tenía, en concreto, mayor facilidad para probar su inexistencia”⁵⁹.

Toda esta normativa que, en su conjunto, conforma lo que podemos llamar reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, constituye una regla de juicio cuya finalidad última sería indicarle al juez cómo debe actuar frente a la posibilidad, muy cierta por lo demás, que un hecho de la causa no pueda ser probado⁶⁰. Ante esta frecuente realidad, el juez debe contar con mecanismos que lo

⁵⁷ TAPIA FERNÁNDEZ, entre varios otros, se ha manifestado reticente a la facultad que concede a los jueces este precepto, por considerarla desconectada del sistema probatorio general y de utilización inconveniente, por lo que recomienda su aplicación cautelosa, *op. cit.*, pág. 785.

⁵⁸ ORTELLS, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pág. 411, y TAPIA FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, pág. 788.

⁵⁹ ORTELLS, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pág. 411. En otras palabras, “para afrontar el tema probatorio, lo primero que tiene que hacer el juez, después de averiguar qué tipo de hecho es el que hay que probar, es determinar a quién corresponde su prueba en función de la naturaleza del mismo y de la relevancia que dicho hecho ocupe en relación con la posición procesal de quien lo haya alegado en su favor” (DAMIÁN MORENO, Juan, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 19).

⁶⁰ DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, págs. 16 y 17, y MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Cívitas, 1998, pág. 112.

auxilien en su ineludible labor de resolver el asunto que las partes han llevado a su conocimiento⁶¹, y tales son las normas reguladoras de la carga de la prueba.

Ahora bien, las pautas que distribuyen el peso probatorio no deben ser confundidas con otro tipo de reglas, cuyo objetivo es precisar en cada caso quién deberá probar determinados hechos (carga de la prueba formal). Estas normas, usualmente de carácter material en función de la relación jurídica objeto del proceso, no solucionan el problema de un hecho que por alguna razón no pueden probarse, como sucede con las disposiciones sobre distribución de la carga probatoria, sino que buscan únicamente aclarar cuál es el objeto de prueba de cada una de las partes, el hecho concreto cuya prueba deberán afrontar⁶².

Si trasladamos estos conceptos a la hipótesis del daño causado por un integrante indeterminado de un colectivo, observaremos que, en principio, la carga de probar el autor del daño le incumbe a la víctima, por ser éste uno de los hechos en los que funda su pretensión indemnizatoria. Sin embargo, la imposibilidad de acreditar la identidad del autor que caracteriza a esta forma de daño abre la puerta a la utilización de alguna de las alternativas que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede al juez para esclarecer los hechos. En este sentido, me parece evidente que este tipo de daño constituye un campo evidente de aplicación práctica de las normas legales que pueden llegar a alterar las reglas generales sobre carga de la prueba. De este modo, por aplicación del artículo 429.1, podría el tribunal conminar a las partes, víctima e integrantes demandados del grupo, a llevar a cabo ciertas diligencias que estimase de importancia para la resolución del conflicto, si es que la autoría material no saltase a la vista por los medios propuestos por los propios involucrados.

O bien podría el juzgador, incluso después de ejercer la facultad del artículo 429.1, dictar sentencia considerando las reales posibilidades probatorias de cada parte y resolver en base a tales circunstancias, lo que podría favorecer a la

⁶¹ El artículo 1.7 del Código civil impone al juez el deber inexcusable de resolver en todas las causas que conozca. De no hacerlo, podría incurrir en el delito de denegación de justicia, previsto en el artículo 448 del Código penal.

⁶² DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

víctima, si es que el tribunal estima que los integrantes del grupo se encontraban en mejores condiciones de aportar datos que permitiesen identificar al autor material, trasladando de esa manera la carga de la prueba y sus consecuencias desfavorables a los integrantes del colectivo. Así, las normas procesales sobre el *onus probandi* podrían transformarse en un aliado de la víctima de los daños en cuestión, si es que los antecedentes lo permiten y el juez llega a formar su convencimiento según las posibilidades que le otorgan aquellas.

Precisamente, una de las formas en que se puede lograr ese convencimiento a que recién hice alusión son las presunciones, las que serán objeto de estudio en el siguiente apartado, por el crucial papel que juegan en la resolución de conflictos nacidos en estos daños y por su vital ubicación dentro de la estructura de la responsabilidad colectiva.

1.2.2. LAS PRESUNCIONES

No es mi intención entrometerme en asuntos de carácter procesal que exceden con creces la idea original de esta investigación, pero me parece que si queremos tener claridad en cuanto a la forma en que debe ser probado el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, se hace imprescindible confirmar si en la responsabilidad colectiva subyace o no una presunción de causalidad. Para ello, y sin pretensiones de una profundidad que no es posible en este lugar, quiero dar paso a una breve y resumida panorámica de las principales características del régimen de las presunciones y su lugar en el sistema probatorio.

1.- Esta materia se encuentra reglamentada en los artículos 385 y 386⁶³ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicándose el primero de estos

⁶³ Artículo 385: “1.Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

preceptos a disponer acerca de las presunciones legales, en tanto que el segundo lo hace respecto de las presunciones judiciales. Estos artículos, a su vez, significaron la derogación de varias disposiciones del Código civil, especialmente los artículos 1249 a 1253, que normaban la misma materia.

2.- En términos simples, las presunciones constituyen “un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos”⁶⁴. Un concepto similar proporciona SERRA DOMÍNGUEZ⁶⁵, quien rechaza asimilar la idea jurídica de presunción, que considera como un engranaje integrante de todo el mecanismo probatorio, al concepto vulgar que es posible observar tanto en doctrina como en jurisprudencia, meramente equivalente a sospecha o conjetura.

Existe consenso en doctrina que las presunciones⁶⁶, para configurarse como tales, requieren cumplir los siguientes requisitos:

- Debe existir un hecho base o indicio, afirmado y debidamente comprobado por una de las partes del proceso. Este hecho no constituye el presupuesto fáctico de la norma invocada por la respectiva parte.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

Artículo 386: “1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

⁶⁴ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pág. 163.

⁶⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 414: “actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones”.

⁶⁶ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pág.164; SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 415 y 416; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, op. cit.*, págs. 33 y 34; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 78 y ss.

- Un segundo hecho, el cual es presumido, y que también es alegado por la parte. Este hecho sí constituye la base fáctica de la norma cuya aplicación solicita la parte.
- Finalmente, debe existir un nexo lógico que vincule ambos hechos, y que constituye la presunción propiamente tal, cuyo establecimiento puede estar a cargo del legislador, caso en el cual nos encontramos frente a una presunción legal⁶⁷, por la cual se le ordena al juez que dé por existente el hecho presumido si es que se comprueba el indicio; o bien puede estar a cargo del propio juez en virtud de facultades que le concede el legislador, lo que se conoce como presunción judicial⁶⁸.

3.- MONTERO AROCA afirma, en una opinión sostenida por la generalidad de la doctrina, que no es correcto afirmar que las presunciones sean medios de prueba, puesto que “no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba. Es obvio que las presunciones no pueden proponerse como medios de prueba, ni se practican, sino

⁶⁷ Respecto de las presunciones legales es que suele hacer la tradicional distinción entre presunciones *iuris et de iure* (o absolutas) y presunciones *iuris tantum*. En opinión de MONTERO AROCA, las únicas que tienen realidad en el ordenamiento jurídico español son las segundas, puesto que de las primeras no existe ni un solo ejemplo (*La prueba en el proceso civil, op. cit.*, pág. 168).

⁶⁸ La doctrina pone de relieve que las presunciones no deben ser confundidas con una serie de figuras que, en apariencia, cumplen el mismo rol y presentan la misma estructura que aquellas, pero con las cuales tienen importantes diferencias. En forma muy sintética, señalemos algunas de estas fórmulas. En primer término, se encuentran ciertas reglas que persiguen influir en la carga de la prueba, tales como las reglas de interpretación o disposiciones supletorias (artículos 393 y 1127 del Código civil, por ejemplo). Tampoco son reales presunciones las llamadas “falsas presunciones” o “presunciones aparentes”, que son normalmente procedimientos a través de los cuales se imputa a un determinado hecho una cierta consecuencia, como acontece con las llamadas “verdades interinas”, esto es, procedimientos en los que aparentemente se presume un hecho, siendo que, en realidad, ese hecho está exento de prueba (como las presunciones de buena fe de los artículos 69 y 434 del Código civil). Finalmente, no son auténticas presunciones un catálogo de procedimientos lógicos muy similares a éstas, especialmente a las presunciones judiciales, como las hipótesis de prueba *prima facie*, en las que no existe una inversión de la carga probatoria, sino una exoneración de la misma, que concluye en una fijación sólo probabilística de los hechos; con la máxima *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma); y con las deducciones, esto es, la conclusión de un ejercicio intelectual de valoración de la prueba en un proceso. Todas estas últimas situaciones se diferencian con las presunciones en que estas últimas no constituyen meros razonamientos o juicios de valor, sino que poseen una estructura y una mecánica propia, cuya finalidad no es arribar a una conclusión, sino a la deducción de un hecho. Sobre estas materias, *vid.* MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil, op. cit.*, págs. 125 y 167; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, pág. 96 y ss.; y DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, págs. 16 a 18.

que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador o que ha de ser hecho en particular por el juez”⁶⁹. Otra cosa es que las presunciones tengan efectos probatorios, lo que si es admitido por el autor. Asimismo, SERRA DOMÍNGUEZ afirma que “...la presunción no es un medio de prueba, entendido como vehículo de traslación al proceso de los hechos de la realidad, sino que opera sobre los resultados de los anteriores medios de prueba”, y prosigue comentando que “no es posible por tanto contraponer la presunción a la prueba, ya que la presunción se integra precisamente dentro del mecanismo probatorio y va encaminada a formar la convicción judicial”⁷⁰.

De las opiniones de los tratadistas citados se desprende entonces que las presunciones no constituyen medios de prueba en un sentido tradicional, sino que más bien apuntan a una labor intelectual llevada a cabo por el juez a partir de los demás medios de prueba utilizados por las partes del proceso, mediante la cual procura alcanzar su convicción acerca de los hechos de la causa. De ahí que se asevere que las presunciones no son un medio de prueba, sino un método de prueba.⁷¹ Sin perjuicio de ello, el efecto que en esta materia tienen las presunciones es innegable y contundente, por lo que su relación con la etapa probatoria del proceso es íntima.

4.- Se ha dicho en doctrina que las presunciones responden al principio de normalidad, esto es, “las actividades humanas se realizan siguiendo unas determinadas pautas de comportamiento en forma ordenada, permitiendo que conocidos sólo algunos elementos de dicha actividad puedan racionalmente, en mérito de la experiencia de las cosas, deducirse otros elementos distintos que normalmente acompañan siempre a los primeros”⁷². Es decir, a partir de la observación de las leyes de la naturaleza o de la habitualidad en las acciones y

⁶⁹ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, págs. 164 y 165.

⁷⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 414. En idéntico sentido, ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, pág. 404, y GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, “Comentario al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Faustino Cordón Moreno (coordinador), Aranzadi, 2001, pág. 1287.

⁷¹ Por todos, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, pág. 78.

⁷² SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 415.

actividades humanas es posible definir criterios de acuerdo a los cuales, una vez que se acredita un hecho, puede considerarse paralelamente comprobado otro, con el cual el primero guarda relación.

Ahora bien, la realidad de las cosas nos demuestra que es perfectamente posible que esta relación entre dos hechos no exista, o que por lo menos no se verifique de un modo “habitual”, produciendo inmediatamente una desconexión entre el suceso indicio y el que se presume. Esta asimetría normalmente es acogida en el sistema de las presunciones, permitiendo que aquella parte en contra de la cual se presume un hecho pueda desvirtuar la presunción demostrando la desconexión fáctica que inhabilita la presunción. Esta posibilidad en modo alguna desprestigia a las presunciones, sino que por el contrario, reafirma su mecánica, ya que, de no probarse una circunstancia contraria a la presunción, ésta quedará confirmada. De ahí que se afirme por SERRA DOMÍNGUEZ que “la prueba de lo contrario constituye...un argumento a favor de la presunción, al mismo tiempo que un indicador indispensable de su presencia. Si se prohíbe la prueba de lo contrario, no estamos ante una presunción, ni tan siquiera ante una actividad probatoria, sino ante una disposición legal”⁷³. Como se verá más adelante, esta característica de las presunciones también se observa en la regla de responsabilidad colectiva, lo que será decisivo al momento de establecer si dicha regla constituye o no una presunción de causalidad.

5.- Dentro de la estructura teórica de las presunciones existe otro concepto que muchas veces se presenta formalmente en la literatura jurídica de forma separada, como si de dos instituciones independientes se tratara, y que es la figura conocida como “la inversión de la carga de la prueba”. La relación existente entre ambos conceptos es sumamente estrecha, al punto que es posible defender que el mecanismo de la inversión probatoria es una consecuencia necesaria de las presunciones, por lo que considerar ambas figuras como absolutamente autónomas

⁷³ SERRA DOMÍNGUEZ, *ib.*, pág. 415.

sería un error, sin perjuicio que no exista total consenso en doctrina respecto del exacto sentido de la expresión⁷⁴.

Reproduzco a continuación las palabras de la autora Luz María GARCÍA GARCÍA, a propósito de un trabajo relativo a la inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual, por ser sumamente gráficas respecto de la naturaleza de esta relación: "...este mecanismo paliativo de la responsabilidad por culpa (las presunciones) resulta prácticamente unido al de la inversión de la carga de la prueba: se produce la inversión de la carga de la prueba – y consiguientemente también el contenido de la misma, pues de probar la negligencia se pasa a probar la diligencia- porque se presume la culpabilidad en la conducta del agente, de forma que podría decirse que la inversión de la carga de la prueba es consecuencia directa y a la vez medida complementaria de la presunción de culpabilidad; y ello hasta el extremo de que actualmente son casi incontables los casos en que la inversión de la carga probatoria aparece como consecuencia –o, incluso, podríamos decir *finalidad perseguida*- de la aplicación de la *presunción de culpabilidad*, con lo que ambos instrumentos aparecen unificados, usados incluso como sinónimos”⁷⁵.

Lo recién expresado por la articulista ha sido confirmado por numerosa jurisprudencia que ha reconocido expresamente la virtual identidad que existe entre presunciones e inversión de la carga probatoria⁷⁶, pero en opinión de la autora, aunque no se contara con este reconocimiento expreso "...la lógica nos lleva a la misma conclusión: si una persona se ve en la circunstancia de probar su

⁷⁴ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 126.

⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, Luz María, "La inversión probatoria en la responsabilidad civil extracontractual", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, volumen II, Lorenzo Prats, coordinador, Universitat de Valencia, 1996, pág. 657.

⁷⁶ Se mencionan en este sentido las STSS de 24 de marzo de 1953, que en lo pertinente dice que "la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad (la emanada del artículo 1903 del Código civil) cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una rigurosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad"; y de 19 de diciembre de 1986, de acuerdo a la cual "...en aquellos supuestos en que aparece una conducta generadora de un daño, corresponde a su autor demostrar la inexistencia de culpa y sufrir la carga de la prueba si no ha probado su inculpabilidad...". Ambas resoluciones, al igual que varias otras, atribuyen la carga probatoria a aquella parte a quien se atribuye la culpa en el resultado dañoso, y que en ambos casos es, por supuesto, el autor del daño. También es posible incluir en este grupo a las SSTs de 26 de enero de 2000 (RJ 227) y 27 de febrero de 2003 (RJ 2152).

diligencia para que no le sea impuesta la obligación de reparar un daño, es porque se le está presumiendo la culpa que prevé el art. 1902 para el nacimiento de tal obligación; estaríamos ante un medio de prueba <elíptico> que en la práctica conduce a la presunción de culpa”⁷⁷.

Aunque las opiniones de la autora se han vertido a propósito del mecanismo de inversión del *onus probandi* de la culpabilidad en la responsabilidad extracontractual, su sustrato teórico es absolutamente válido para la relación de causalidad, de modo que para estudiar un ejemplo de presunción de este elemento de la responsabilidad, como podría ser la responsabilidad colectiva, también debemos entender a la inversión probatoria como una “consecuencia directa” de tal presunción⁷⁸.

En todo caso, más allá de la frecuencia que se observa en la doctrina científica y en la jurisprudencia respecto del uso de la expresión “inversión de la carga de la prueba”, lo cierto es que hoy en día la mayoría de la doctrina considera que, en realidad, este fenómeno es un mecanismo de exoneración probatoria, cuya finalidad es favorecer a aquella parte que inicialmente, y de acuerdo a la ley, tiene a su cargo la prueba de un hecho. Así, la existencia de una norma de esta clase, o de una decisión judicial en ese sentido⁷⁹, libera a una de las partes de la obligación de acreditar un hecho fundamental para el éxito de su pretensión, con base en la dificultad, e incluso imposibilidad, de comprobar un determinado suceso, por lo cual se opta por imponer una regla especial que, cabe precisarlo, no altera la normativa general en materia de la regla de juicio que significa la distribución de la carga probatoria, contenida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la forma en que ésta se concreta⁸⁰.

⁷⁷ GARCÍA GARCÍA, “La inversión probatoria en la responsabilidad civil extracontractual”, *op. cit.*, pág. 657.

⁷⁸ En cierto sentido comparte todos estos conceptos DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba...*, *op. cit.*, págs. 239 a 242.

⁷⁹ Del mismo modo se opina de sentencias del Tribunal Supremo que emplean esta expresión, las que no consagrarían sino estas exoneraciones de la carga de la prueba. *Vid.* LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, 2004, pág. 312.

⁸⁰ Sobre la materia, *vid.* DAMIÁN MORENO, “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, *op. cit.*, págs. 25 y 26; en el mismo sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “Las

Sin perjuicio de la necesidad y procedencia de las precisiones técnicas, me parece que éstas no alteran las conclusiones a las que intento llegar. Sea que el efecto de las presunciones judiciales consista en una inversión de las reglas sobre la carga de la prueba, sea que constituya una exoneración de la prueba de uno o más hechos, lo cierto es que en el campo de los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo ello se traducirá en que la víctima no tendrá la obligación de probar la relación de causalidad entre la lesión sufrida y el accionar del autor material del mismo. El ofendido quedará eximido de la prueba de la causalidad (si es que previamente prueba que el daño proviene del accionar del grupo), o la demostración de la ausencia de aquella se trasladará a los integrantes del grupo, pero el efecto liberador habrá operado en beneficio de aquel que se encuentra en la situación de mayor desmedro.

1.2.2.1. RÉGIMEN DE LAS PRESUNCIONES DE CAUSALIDAD

La responsabilidad colectiva contiene una presunción de causalidad⁸¹ porque, al aplicarse ella respecto de todos los miembros del grupo, el juez o la ley, según el caso, presume que el daño pudo haber sido causado por cualquiera de ellos, por el hecho de formar parte de ese grupo⁸². La actividad de riesgo del colectivo del cual forma parte el autor material del daño, hecho indicio de la presunción, trae como consecuencia que se presumirá que existe una relación de causalidad entre el daño y el actuar de cada uno de los integrantes del conjunto ya que, como cualquiera pudo haberlo causado, la responsabilidad se atribuirá a todos. Es decir, el nexo causal, que existe realmente entre uno de los miembros, indeterminado, del grupo y la consecuencia dañosa, se extiende por la vía de la presunción a todo el resto de sujetos que tienen en común la pertenencia grupal, lo que supone, como se ha dicho, una importante flexibilización de la relación de

presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, págs. 88 y 89, y MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, págs. 125 y 126, y LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 305 y ss.

⁸¹ Ya en 1981 DE ÁNGEL acogía esta posibilidad de manera expresa (“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 74).

⁸² En el mismo sentido, REGLERO CAMPOS, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 317 y 318.

causalidad, que origina una verdadera responsabilidad subsidiaria de todos los integrantes del grupo⁸³, en defecto de la responsabilidad principal del verdadero autor, que no es posible identificar. Claro está que se trata de una presunción simple, que es posible contrarrestar por aquel o aquellos individuos que se encuentren en condiciones de comprobar su ausencia de responsabilidad en el evento dañoso o que desvirtúen los elementos constitutivos de la misma. En otras palabras, la aplicación de la responsabilidad colectiva implica la existencia de una auténtica presunción de causalidad no desvirtuada ni controvertida.

De esta forma, salvada la exigencia de que la acción individual de cada integrante del grupo haya actuado como condición *sine qua non* del daño, a través de este razonamiento intelectual llevado a cabo por el legislador o por el juez que es la presunción, corresponderá imputar objetivamente la responsabilidad al grupo en razón del criterio de la vulneración de la finalidad perseguida por la norma invocada como fuente de la responsabilidad que, a falta de norma especial, será el artículo 1902 del Código civil.

La posibilidad de utilizar presunciones de causalidad para la prueba del nexo causal como la descrita es aceptada por la doctrina en todos aquellos casos en los que se desconoce la causa del hecho dañoso, pero existe una razonable probabilidad de que su origen sea la conducta del demandado⁸⁴, aunque con matices dignos de destacar según el autor que se trate.

De este modo, PANTALEÓN⁸⁵ ha dicho que las presunciones son aceptables como prueba de la causalidad, pero no con carácter general para cada

⁸³ DEMAREZ, Jacques, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, pág. 158.

⁸⁴ Especialmente, PANTALEÓN, "Comentario del artículo 1902 del Código civil", *op. cit.*, pág. 1983, y REGLERO CAMPOS, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad...", *op. cit.*, pág. 320, quien pone el acento en que se trata de una presunción *iuris tantum*, y, a propósito de la responsabilidad médica, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba...*, *op. cit.*, pág. 239, ATAZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, 1985, págs. 345 y 346, LLAMAS POMBO, Eugenio, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000, págs. 297 y ss., y LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 422 y ss.

⁸⁵ PANTALEÓN, "Comentario del artículo 1902 del Código civil", *op. cit.*, pág. 1983.

circunstancia en la que se constate un riesgo creado por la conducta del demandado. YZQUIERDO TOLSADA⁸⁶ concuerda con esta opinión, agregando que la aceptación de las presunciones de causalidad puede significar la introducción de una serie de consecuencias anómalas, como la imputación de responsabilidad civil en casos en los que lisa y llanamente se exime de la prueba al demandante, en vez de simplemente “dulcificar” la prueba del vínculo causal. Finalmente, DÍEZ-PICAZO⁸⁷ reconoce que las reglas sobre la carga probatoria de procesos causales relativos a desarrollos tecnológicos o de carácter científico, que por su naturaleza presentan complejidades propias, pueden ser alteradas, imponiéndolas a quienes cuenten con mayores posibilidades de contar con la información necesaria o de acceder a ella más fácilmente, pero en ningún caso ello debe generalizarse al punto de transformarse en regla. A pesar de esto, el autor opina que se observa en el Tribunal Supremo una cierta tendencia a dar por presumida la causalidad en casos en las que esta no se encuentra comprobada. Ejemplifica su aseveración con la STS de 22 de enero de 1996, la que, en lo pertinente, declara que *“lo único cierto es que debido a un accidente en la mina del demandado, el hijo de la demandante falleció, sin saberse exactamente cómo se produjo, que la mina estaba sin permiso de explotación desde hacía algún tiempo; que la contratación para la prestación del trabajo fue efectuada fuera de toda norma laboral y que el estado de conservación de las protecciones, no podía estar controlado debidamente por los organismos oficiales ni por el propio personal especializado de la empresa”*⁸⁸.

La verdad es que las aprehensiones de algunos de los autores citados respecto de las presunciones de causalidad son, hasta cierto punto, comprensibles. En primer término, el rechazo a una utilización amplia de esta herramienta no constituye sino una manifestación de la tendencia observada en doctrina y jurisprudencia que se inclina por utilizar las presunciones, en general, con

⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 214.

⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, op. cit., págs. 238 y 239.

⁸⁸ Esta sentencia del Tribunal Supremo suele citarse frecuentemente en la literatura dedicada a la responsabilidad extracontractual como ejemplo de atribución de responsabilidad civil en ausencia de una relación de causalidad debidamente probada. Otro clásico ejemplo en este sentido es el de la STS de 26 de septiembre de 1997 (AR 6366), que resolvió el caso del masivo envenenamiento por consumo de aceite de colza. Una reseña y comentario de esta sentencia desde este punto de vista, en el trabajo de SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad”, op. cit., págs. 1 y 2.

carácter subsidiario, supletorio, aplicable únicamente en hipótesis de falta de una prueba directa de los hechos⁸⁹. Por otra parte, si tomamos como base la argumentación de DÍEZ-PICAZO, sustentada en fallos del Tribunal Supremo como el citado más arriba, se entiende el recelo hacia un mecanismo que puede llegar a eximir a la parte demandante de la prueba de la relación de causalidad y condenar a un individuo cuya conexión con el daño alegado no se encuentra comprobada de modo alguno.

Sin embargo, mi opinión es que en el caso de la responsabilidad colectiva existen resguardos que aseguran una aplicación mucho más adecuada y confiable de la presunción de causalidad, la que, en este caso, se aplicaría teniendo como base un hecho indicio más claro. En el ejemplo de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1996, se puede advertir que, si bien nada impide presumir la causalidad a partir de sus hechos constitutivos⁹⁰, lo cierto es que se trata de cimientos extremadamente frágiles como para sustentar una presunción, y lo demuestra la misma sentencia al reconocer que lo único cierto en el asunto debatido es el fallecimiento del hijo de la demandante, “*sin saberse exactamente cómo se produjo*”⁹¹.

En cambio, la responsabilidad colectiva exige como presupuesto que se compruebe fehacientemente y sin lugar a ningún tipo de dudas que existe una conexión causal entre el daño y la actuación de cierto grupo, cuya identificación debe ser clara y precisa. Se trata de un aspecto clave de la

⁸⁹ En un sentido crítico a esta posición, DÍAZ-REGAÑÓN, *El principio de aportación indiferenciada de los hechos al proceso...*, *op. cit.*, pág. 38, y SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 414 y 415. Este último autor acota que “la más reciente doctrina...ha llegado incluso a afirmar que la presunción es el centro de gravedad de todo el sistema probatorio, y que es imprescindible en determinadas relaciones jurídicas en las que las partes conscientemente falsean los tradicionales medios de prueba”.

⁹⁰ En este sentido, REGLERO CAMPOS, “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad...”, *op. cit.*, págs. 320 y 321, quien no ve mayores inconvenientes para la presunción de causalidad tal y como la implementó el Tribunal Supremo en esta sentencia.

⁹¹ Esta sentencia del Supremo no ha sido criticada solamente por esta circunstancia. DÍEZ-PICAZO pone de manifiesto que la resolución confunde la valoración de la culpa o negligencia con el establecimiento de la relación de causalidad, de manera que circunstancias tales como que la mina donde se produjo el accidente se encontrara sin permiso de explotación o que su conservación fuera deficiente, en realidad son elementos a considerar cuando lo que se pondera es la diligencia del supuesto responsable y no el nexos causal (*Derecho de daños, op. cit.*, pág. 239).

responsabilidad colectiva, precisamente porque es indispensable despejar la mayor cantidad de dudas posibles respecto de la identidad de los individuos a quienes se pretende responsabilizar, debido a que necesariamente se va a involucrar a personas que no cometieron el ilícito civil. Por lo tanto, los sucesos en que se basa esta presunción son de mucho mayor calado, desde el momento que estamos frente a una actividad grupal de perfil indudablemente peligroso, a cargo de un colectivo plenamente identificado, y que se concreta en un daño por la actividad de uno de sus integrantes. Ya no se trata de presumir a partir de meras especulaciones, desconociéndose incluso el *modus operandi* del grupo, sino que en base a hechos concretos, directamente relacionados con aquellos a quienes se acusa de estar detrás del comportamiento que concluye en el daño sufrido por la víctima⁹².

Entonces, queda claro que la comprobación de un nexo causal entre el daño y el grupo del que forma parte el autor anónimo es una circunstancia fundamental para aplicar posteriormente una presunción de causalidad entre ese mismo daño y el accionar de cada integrante del colectivo, porque la actividad grupal vinculada causalmente al daño es el verdadero hecho indicio que justifica tal presunción. De no existir tal relación, la responsabilidad colectiva sería más una suposición basada en conjeturas que una presunción fundada en probabilidades realmente atendibles.

En otro orden de cosas, nunca debemos olvidar que el gran problema de los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo es la imposibilidad de probar la identidad del autor material del daño, no cómo se produjo o qué situación da origen a ese daño. Por lo mismo, si sabemos que el daño se causó y que provino desde cierto grupo plenamente determinado y el juez da lugar a la demanda, está presumiendo la causalidad; pero si desecha la pretensión del demandante, está haciendo exactamente lo mismo, pues el no poder probar la autoría, conociendo los demás antecedentes del daño, no significa necesariamente que no hay causalidad, sino que se presume que ella no existe. En este sentido,

⁹² Incluso DEMAREZ ha sostenido que la presunción de causalidad constituye una “discreta aparición de responsabilidad del grupo”, lo que demuestra el peso que tiene la prueba de la actividad grupal y su vinculación con el daño (*L'indemnisation du dommage...*, *op. cit.*, pág. 154).

ATAZ, al estudiar este tema en el ámbito de la responsabilidad civil médica, ha hecho una reflexión muy lúcida. Ha dicho este autor que “la cuestión se centra en si es lícita la presunción de la causalidad. Para saberlo, hay que tener en cuenta el importante papel que en la actividad médica juega el azar, así como los datos concretos de cada caso, junto al imprevisible factor reaccional del enfermo. Salvo casos contados, tan difícil es una prueba completa de que la curación habría sido obtenida de no ser por el médico, como la contraria que el resultado habría sido el mismo. El Juez se ve obligado, por tanto, en la mayor parte de los casos, a presumir una cosa u otra: Si condena, será por presumir la causalidad; si absuelve, habrá previamente presumido su ausencia”⁹³.

Es decir, lo que se recomienda antes de aceptar o rechazar la presunción de causalidad es que se debe considerar que en casos de circunstancias inciertas, como los descritos por el autor recién citado, o como en los daños que nos interesan, lo más probable es que una decisión judicial de condena o absolución se base precisamente en una presunción de hecho.

Asimismo, me gustaría invocar otro argumento a favor de las presunciones de causalidad, sin perjuicio de resaltar que su implementación siempre debe guardar la prudencia necesaria, a partir de la propia experiencia de la responsabilidad colectiva. Como ya se ha dicho, esta forma de responsabilidad constituye una manifestación de la evolución de la responsabilidad civil y su proceso de desindividualización, a consecuencia de la cual una serie de sucesos dañosos, que algunos años atrás hubiesen sido descartados por la doctrina y la jurisprudencia, hoy en día son fuente relativamente frecuente de responsabilidad civil⁹⁴. Ello se ha

⁹³ ATAZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 345.

⁹⁴ Cito nuevamente a ATAZ, a propósito de este problema en la responsabilidad civil médica: “En principio, y siguiendo las reglas generales de la responsabilidad civil, es el demandante el que debe probar todos los requisitos de su pretensión, y caso de que no lo haga, el demandado ha de ser absuelto. Pero hay que tener en cuenta que, aplicando rígidamente este criterio, convertiríamos a la responsabilidad médica en una teoría, más o menos interesante, sin trascendencia práctica alguna. Si al perjudicado se le exige una prueba que roza lo imposible, será muy difícil que la responsabilidad de los médicos tenga aplicación alguna...Por ello parece que es necesaria cierta flexibilidad en cuanto a la exigencia de la prueba, ya que la certeza es difícil de obtener; y así confiar en el buen sentido del juzgador, que, con los datos de que disponga, los probados por el enfermo y los probados por el médico, pueda llegar a presumir la causalidad en determinados casos, siempre que se proporcione en

debido, en forma importante, a la decidida aceptación del carácter eminentemente resarcitorio del Derecho de daños y a la importancia que en este juegan pilares básicos como el principio *pro damnato*. Para que todas estas ideas inspiradoras se traduzcan en realidades concretas, la doctrina y la jurisprudencia han recurrido a herramientas diversas, como lo ha sido el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba de la culpa y como pueden serlo también las presunciones de causalidad. En este sentido es que la presunción causal que va contenida en la responsabilidad colectiva sin duda constituye la solución que mejor se aviene al proceso de evolución de la responsabilidad civil, entendida como principal mecanismo de reparación de los daños sufridos por las víctimas a causa de ilícitos civiles, desde el momento en que les permite solucionar problemas de prueba que en un principio podrían resultarles insalvables. Entonces, presunciones de causalidad como la que se utiliza en los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo son un necesario aporte a la evolución del Derecho de daños, que evitan su inmutabilidad en pro de soluciones de innegable beneficio social⁹⁵.

Examinado el asunto desde la perspectiva de la jurisprudencia, se ha dicho que el Tribunal Supremo se apega, en general, a la doctrina tradicional que exige la certeza probatoria de la causalidad y la carga de esta a cargo del demandante. Sin embargo, también se ha observado que el Supremo, en atención a las dificultades probatorias a las que suelen enfrentarse los demandantes y a lo dispuesto en los artículos 217.6 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha acogido la presunción de causalidad (*iuris tantum*) y la inversión de la carga de la prueba en situaciones excepcionales⁹⁶. Un ejemplo de ello es la STS de 7 de octubre de 2004 (RJ 6692), que reconoce la doctrina general en esta materia, pero puntualizando que se trata de una doctrina que “...*se modula en ocasiones, bien atenuando su exigencia, bien con un desplazamiento del onus probandi –hablándose en la práctica de inversión de carga de la prueba-, cuando concurren en el supuesto enjuiciable circunstancias especiales que en sintonía con la efectividad de la tutela*

la prueba un indicio de ella, suficiente para establecer la presunción en base a la común experiencia” (*Los médicos y la responsabilidad civil, op. cit.*, págs. 345 y 346).

⁹⁵ Sobre esta materia, DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage...*, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

⁹⁶ COLINA GAREA, “La relación de causalidad”, *op. cit.*, pág. 95.

judicial determinan tales criterios. Así ocurre en los casos de resultados desproporcionado o anómalo, cuando se dan las condiciones oportunas para la operatividad de las reglas especiales de la carga de la prueba de la facilidad-dificultad probatoria, disponibilidad del medio, o proximidad o cercanía a la fuente de la prueba, así como en los que existe una importante prueba prima facie, o se ha generado o mantenido una situación de riesgo en cuyo ámbito se ha producido un daño coherente con la misma, y si bien no hay certeza absoluta, la relación causal aparece como probable en un juicio de probabilidad cualificada, sin que se proporcione una hipótesis alternativa de similar intensidad”.

En mi opinión, este fallo recoge todas las características que envuelven al daño causado por el miembro no identificado de un grupo y que, a la luz de su propia argumentación, justifican una inversión de la carga probatoria en beneficio del demandante: dificultad probatoria para una de las partes, mayor disponibilidad de medios probatorios y proximidad a la fuente de la prueba en el caso de la otra (que permitirían a cualquiera de los demandados demostrar, por ejemplo, que no pertenecen al grupo), la existencia de una prueba *prima facie*, (la actividad grupal, que es el hecho base de la presunción) y la situación de riesgo “en cuyo ámbito se ha producido un daño coherente con la misma”, que no es otra cosa que el daño concretado por uno de los miembros del grupo a partir de la actividad colectiva. Y como la misma sentencia explica, si bien es cierto en casos como estos no existe certeza absoluta, la relación de causalidad emana a partir de un grado de probabilidad cualificado, juicio que, como señalé más arriba, lo proporciona, en el caso que nos interesa, la existencia de un vínculo causal entre la actividad del grupo y el daño. Se trata de una sentencia relativamente reciente, que describe en forma detallada y precisa el fundamento de la modificación de la carga de la prueba en función de situaciones de evidente necesidad de justicia. Pero lo más importante es su plena aplicabilidad al caso del daño anónimo, por verificarse a su respecto todas las condiciones y circunstancias fácticas que la sentencia estima necesarias para llevar adelante una alteración de reglas de prueba consideradas tradicionalmente como generales e ineludibles. Los considerados de esta resolución plasman con

seguridad una doctrina novedosa y moderna, mucho más acorde con la evolución del Derecho de daños y los requerimientos sociales a que hacía referencia⁹⁷.

Otro fallo que se inscribe en esta tendencia es la STS de 26 de enero de 2000 (RJ 227), dictada a propósito de un incendio cuya causa no pudo ser demostrada de forma directa por el demandante. En relación con casos como este, el Tribunal Supremo señala que el rechazo de la pretensión del actor por no comprobar fehacientemente el nexo causal “...equivale a predicar la inmunidad de los hipotéticos responsables en numerosos casos en que no existen pruebas directas (incendios, inundaciones, etc). Por el contrario, en ellos ha de establecerse un juicio hipotético necesariamente sobre las causas del desastre, y ha de acudirse a las presunciones, que son medios legales de prueba de carácter indirecto, sin que exista norma legal ni Jurisprudencia que excluyan su eficacia en el ámbito de la responsabilidad”⁹⁸. Como se observa, la aceptación de la presunción de causalidad y su utilidad es expresa, especialmente en lo que respecta a la ausencia de impedimentos legales o jurisprudenciales que obstan a su utilización⁹⁹.

Para finalizar este apartado, me parece conveniente recordar lo que una autora¹⁰⁰ considera que son las principales dificultades que enfrenta la sustitución de la prueba directa de la relación de causalidad por el juicio de probabilidad cualificada (presunción de causalidad, en otras palabras): la determinación del grado suficiente de acreditación del nexo causal, por una parte, y el procedimiento para mensurar esa probabilidad. Para el primer problema la solución parece ser requerir una probabilidad cualificada o próxima a la certeza;

⁹⁷ En todo caso, digamos que las sentencias examinadas anteriormente sobre la materia (*Vid. supra*: Capítulo Tercero, 3, 3.1.3) se caracterizan por no elaborar una teoría respecto del problema de la relación de causalidad, limitándose a reconocer el problema existente al respecto, pero salvándolo mediante argumentos relativos a la equidad de la condena de los miembros del grupo (SAT de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981), o en las tendencias objetivistas experimentadas por el moderno Derecho de daños (STS de 8 de febrero de 1983).

⁹⁸ Nótese que la sentencia alude a las presunciones como medio de prueba, en contraposición a la más moderna doctrina que considera a estas como un “razonamiento intelectual”, más que un mecanismo de prueba propiamente tal.

⁹⁹ Más sentencias en apoyo de esta corriente: SSTS de 24 de mayo de 2004 (RJ 4033), 23 de junio de 2004 (RJ 3635), 10 de junio de 2004 (RJ 3605), 23 de diciembre de 2002 (RJ 914), 27 de febrero de 2003 (RJ 2152), 15 de noviembre de 2000 (8304/2000), 11 de febrero de 1998 (885/1998), 22 de enero de 1996 (243/1996), 23 de junio de 1993 (623/1993), 25 de marzo de 1991 (1809/1991).

¹⁰⁰ ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva...*, *op. cit.*, pág. 53.

para el segundo, en caso de no existir criterios objetivos que permitan calcular la probabilidad de causación del daño por el antecedente en cuestión, habría que recurrir al convencimiento del juez. Personalmente, soy de la opinión que en los casos de responsabilidad colectiva estos problemas se superan ampliamente, por las razones que ya he expuesto más arriba: al exigir como requisito ineludible de esta forma de responsabilidad la prueba cierta e indubitada de un nexo causal entre el daño y la actividad grupal del cual proviene aquél (y que ha sido causado por uno de sus integrantes), la probabilidad, casi certeza en mi parecer, alcanza con facilidad la calidad de cualificada, sin necesidad de mayores ponderaciones por parte del juzgador.

1.2.2.2. EL RECHAZO A LA TESIS DE LA PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD

A modo de resumen, podemos repetir que la responsabilidad colectiva encierra una presunción de causalidad, en virtud de la cual, en primer término, la víctima queda exonerada de la prueba del vínculo causal, quedando a cargo de cada uno de los integrantes del grupo comprobar que entre su accionar y el daño no existe vinculación material alguna. Si uno o más de ellos logran esa prueba, quedarán liberados de responsabilidad. De no ser así, se presumirá la causalidad entre su actividad y el daño.

Para que el esquema reseñado sea operativo, será necesario que el ofendido se encuentre en condiciones de comprobar satisfactoriamente que el daño que lo ha afectado proviene de la actividad del grupo, el que deberá estar suficientemente acotado. Así, la existencia del nexo causal que une al colectivo con su perjuicio será el hecho indicio que posibilitará la presunción de causalidad que amarrará a cada uno de los miembros del grupo con el daño.

Cuando sostengo que la responsabilidad colectiva significa la utilización de una presunción de causalidad, me estoy refiriendo tanto a una presunción legal como a una judicial. Podría pensarse que cuando se habla de

presunción de causalidad, la referencia se hace a la labor del juez, quien recurre a este mecanismo (que no medio) de prueba frente a un supuesto de hecho no resuelto por la ley, como sucede en la abrumadora mayoría de los casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo que llegan a los tribunales. Pero lo cierto es que un caso de responsabilidad colectiva legal, como lo es el artículo 33.5 de la Ley de Caza, también constituye, en mi opinión, una presunción de causalidad. Lo que sucede en situaciones como esta, o como en el caso del párrafo 830 del BGB, es que la presunción no aparece reconocida como tal en los respectivos preceptos, sino que ella se encuentra implícita en su regulación, utilizada como tal desde el momento en que se aplica la responsabilidad solidaria a todos los miembros del conjunto. Así, la presunción de causalidad parece un mecanismo sobreentendido por el legislador al momento de decidir la imposición de la responsabilidad colectiva, en forma subsidiaria a la responsabilidad individual no precisada ni comprobada.

Digamos que la tesis de la responsabilidad colectiva como forma de presunción de causalidad ha sido apoyada especialmente por la más reciente doctrina francesa sobre la materia, señaladamente por autores del peso de VINEY, JOURDAIN, DEJAN DE LA BATIE y DEMAREZ, cuyas opiniones al respecto he reproducido en el Capítulo Cuarto y que me identifican en un alto porcentaje¹⁰¹. Esto, a diferencia de lo que acontece en España, donde no se observa un eco de esta visión de los autores franceses, quizás por el escaso e incipiente interés que la materia tiene en la doctrina, o tal vez porque los autores que se han manifestado al respecto han aportado ideas distintas respecto a cómo debe entenderse la responsabilidad colectiva¹⁰².

No obstante, recientemente ha surgido alguna opinión en la doctrina española decididamente contraria a la posibilidad de atribuirle a la responsabilidad colectiva el carácter de una presunción de causalidad. Según MEDINA ALCOZ¹⁰³, esta idea no es más que una ficción, cuya única finalidad sería encubrir la aplicación de responsabilidades sin causa demostrada, puesto que, según

¹⁰¹ *Vid. supra*, Capítulo Cuarto, 2.

¹⁰² Como excepción, DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, pág. 302.

¹⁰³ MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, págs. 396 y 397.

este autor, resulta indiscutible que, con excepción de uno, los sujetos que resultan condenados no ocasionaron la lesión, es decir, se sentencia a una pluralidad de individuos sin un porcentaje de certeza respecto al real grado de responsabilidad de cada uno de ellos. En definitiva, sostiene que el recurso a una presunción de causalidad no es más que la invención de un nexo causal inexistente o incierto, para fundamentar una responsabilidad carente de causa, pero sin afectar el paradigma causal vigente¹⁰⁴.

En mi opinión, si bien es cierto que el gran inconveniente de la imposición de responsabilidad en forma solidaria a todos los miembros del grupo se encuentra, precisamente, en que es sabido que sólo uno de ellos ha causado el daño, aunque no se sepa cuál, por lo que esta opción implica atribuir la deuda indemnizatoria a personas que no han causado la lesión, no es menos cierto que existen razones poderosas para llegar a ello, basadas en la protección de la víctima y que ya he expuesto anteriormente¹⁰⁵. Por otra parte, la crítica al recurso técnico de la presunción de causalidad que formula el autor¹⁰⁶, olvida que la esencia del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo se encuentra en la incertidumbre de la autoría de ese daño, lo que significa, en otras palabras, que éste pudo haber sido causado por cualquiera de los condenados, sin que exista certeza al respecto. De

¹⁰⁴ Del mismo modo, el autor rechaza otros intentos por asimilar la responsabilidad colectiva con institutos que no vulneren la tradicional forma de entender la relación de causalidad. Así, niega que la responsabilidad pues imponerse al grupo, entendido como una especie de personificación o “sociedad de hecho”, puesto que esta supuesta sociedad desaparece cuando se identifica al autor material o cuando alguno de sus integrantes logra probar que no ha tenido intervención en la causación del daño. Asimismo, rechaza la teoría del riesgo creado o, en palabras de DE ÁNGEL, de la “actividad peligrosa”, como explicación causal, por cuanto el riesgo en la actividad desarrollada por el grupo es un criterio de imputación subjetiva, que presupone la condición *sine qua non*. Además, afirma la responsabilidad basada en el riesgo creado implica que el agente dañoso sólo puede exonerarse a través de la alegación de la fuerza mayor, en tanto que la fórmula de la responsabilidad colectiva admite la exoneración de aquel miembro del grupo que puede comprobar que su conducta no produce el daño (MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, págs. 396 a 399).

¹⁰⁵ *Vid. supra*, Capítulo Primero, 2.

¹⁰⁶ Precisemos que MEDINA ALCOZ no rechaza la condena solidaria de los miembros del grupo en sí, sino que repudia que ésta se justifique con una presunción causal. Para este autor, figuras como la responsabilidad colectiva o la teoría de la pérdida de oportunidad son paradigmas de una nueva forma de entender la relación de causalidad, en virtud de la cual se responsabiliza a personas por daños con los cuales no se ha comprobado su relación fáctica. En otras palabras, su criterio es que el fundamento de esta figuras no es otro que la elección de parte del legislador o del juez de un nuevo camino en materia de causalidad, alejándola de la estricta certeza material que suele informar este requisito de la responsabilidad extracontractual, reemplazándola por una meramente probabilística (*La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 413 y ss.).

este modo, cuando se aplica una presunción de causalidad al quehacer de cada uno de los involucrados con la lesión en cuestión, esto se hace porque es perfectamente posible que el respectivo condenado haya sido el autor material, como que en realidad no lo sea.

Por lo tanto, en mi parecer, es incorrecto sostener que la presunción de causalidad constituye una ficción o invención de un nexo causal que permita imponer la responsabilidad a los integrantes del colectivo. Esa relación de causalidad será un artificio o invento en la medida que hubiese certeza respecto de la identidad del autor material de la lesión, y a pesar de ello fuera utilizada como un mecanismo para responsabilizar en forma solidaria a otros participantes del grupo, por ejemplo, para garantizar de esa forma la indemnización a la víctima, porque en un caso así no cabría duda que el vínculo causal constituiría una fantasía probablemente infundada del juez o del legislador. Pero sobre la responsabilidad colectiva no puede afirmarse lo mismo, porque, como ya se dijo, en ésta se condena a una serie de individuos que, cada uno de ellos, pudieron haber causado el daño, como pudieron no haberlo hecho. Es decir, la vinculación causal con el daño puede existir respecto de cada uno de ellos, como puede no ser así, que es precisamente lo que no nos encontramos en condiciones de dilucidar. Mientras sea de esa forma, la incertidumbre justifica la presunción causal, la que deberá subsistir en la medida que esa vacilación no se disipe.

1.2.3. OTRA ALTERNATIVA PARA LA PRUEBA CAUSAL: LA RELACIÓN ENTRE EL DAÑO Y LA ACTIVIDAD DEL GRUPO COMO ENTE INDIVIDUAL Y UNITARIO

Al iniciar el análisis de las alternativas viables para llegar a una solución del problema causal en los casos de culpa anónima, mencioné que las posibilidades a considerar son dos: una presunción de causalidad entre el daño y cada uno de los integrantes del grupo, por tratarse de una responsabilidad individual por un hecho colectivo, el cual, a su vez, sirve como indicio a la presunción, y que es la solución por la que me inclino; o bien una relación causal directa entre el siniestro

y el comportamiento del grupo, entendido como un colectivo a sancionar por su actividad unitaria.

Las razones para descartar esta segunda posibilidad son básicamente dos. En primer término, sancionar al grupo como unidad implica la consideración de este como una verdadera entidad, dotada de accionar común en busca de un objetivo definido, cosa que, como hemos visto, puede estar completamente alejada de una hipótesis de responsabilidad colectiva cuando el grupo no tiene un carácter organizado ni responde a una asociación de individuos previamente interesados en perseguir fines comunes. Otra conclusión significaría prácticamente atribuirle al grupo una personalidad que no necesariamente posee. Por lo demás, en un caso así, lo más probable, y simple, será recurrir a las reglas que establecen la responsabilidad por el hecho de un dependiente, entendiendo por tal a algún miembro del conjunto, en la medida que exista certeza que el daño se origina en la conducta de uno de ellos.

En segundo término, ya he señalado de modo enfático que la responsabilidad por esta clase de daños es una responsabilidad colectiva, esto es, que afecta a todo el grupo, pero por un actuar riesgoso común donde las responsabilidades son individuales, al contribuir cada sujeto con su actuar individual a crear esa situación de riesgo. Pero siempre la responsabilidad es de cada uno y no de todo el grupo como un ente, sino como colectividad de personas que contribuyen a crear un peligro concretado a través de uno de ellas.

Como consecuencia de lo recién dicho, la idea de responsabilizar al grupo como un todo o una entidad pierde más fuerza aún al recordar que la responsabilidad colectiva no surge cuando se descubre quién es el verdadero autor del daño, o bien, no se aplica respecto de aquel integrante del grupo que puede acreditar que su comportamiento no se encuentra vinculado con la lesión¹⁰⁷.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, *vid.* MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, pág. 396, y VINEY, G. y JOURDAIN P., *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998, pág. 211.

En consecuencia, la relación de causalidad entre el daño y la actividad grupal, que necesariamente debe ser comprobada por el ofendido, tiene como único objetivo servir de base a la presunción de causalidad que posteriormente unirá ese daño con el comportamiento de cada uno de sus integrantes, no teniendo la entidad suficiente para servir por sí sola como mecanismo de atribución de responsabilidad al grupo.

2. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Como es perfectamente sabido, la sistemática de la responsabilidad extracontractual nos obliga -una vez que hemos determinado la causalidad material entre la actividad de uno o varios sujetos con el daño sufrido por la víctima e imputado objetivamente la responsabilidad-, a abordar una última etapa antes de llegar a concluir definitivamente que esa o esas personas son responsables por el daño en cuestión. Tal etapa del proceso aludido consiste en atribuir a el o los individuos vinculados causalmente con la actuación dañosa, la carga de responder frente al ofendido por los daños causados, mediante un factor de selección conocido como criterio de imputación subjetiva. Es decir, del conjunto de personas unidas por un nexo de causalidad con el daño, deben elegirse aquellas que, en definitiva, deberán asumir el deber resarcitorio, elección que se lleva a cabo a través del mentado criterio de imputación. Éste, en términos simples, “constituye el motivo elegido por el Derecho para atribuir la responsabilidad extracontractual a un sujeto”¹⁰⁸.

También se sabe con largueza que los criterios de imputación subjetiva son múltiples y se encuentran aglutinados en dos grandes grupos, subjetivos (o por culpa) y objetivos (sin culpa), dando lugar a una clasificación de los regímenes de responsabilidad extracontractual que distingue entre regímenes de responsabilidad subjetiva (o por culpa) y los relativamente más recientes regímenes

¹⁰⁸ PEÑA LÓPEZ, Fernando, “El criterio de imputación (Generalidades)”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Peña, Director, Editorial Cálamo, 2004, pág. 101.

de responsabilidad objetiva (que no es más que una expresión genérica que agrupa a una pluralidad de otros criterios que prescinden de la culpa para atribuir el daño al causante material)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Lo cierto es que, como lo indica PEÑA LÓPEZ, la responsabilidad objetiva ha existido siempre. “El Derecho romano y el Derecho germánico conocieron en sus estadios iniciales una responsabilidad objetiva generalizada, basada en la mera causación física del daño en cuestión. En realidad, la culpa o negligencia, como criterio de imputación es una innovación que...aparece en el Derecho romano clásico para ciertos supuestos puntuales y que poco a poco se va generalizando. Este proceso ya se encuentra culminado en la etapa justiniana” (“El criterio de imputación. Los criterios de imputación objetivos”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, José María Peña López, Director, Editorial Cálamo, 2004, pág. 135. Una completísima revisión histórica de la evolución general de la responsabilidad objetiva se encuentra en la obra del mismo autor, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, 2002, págs. 11 y ss.). En tiempos modernos, el problema de la objetivación de la responsabilidad surgió históricamente con los accidentes sufridos por los obreros en accidentes del trabajo, quienes no obtenían en muchas ocasiones la satisfacción correspondiente al perjuicio del que eran víctimas. La injusticia de esa realidad motivó la aparición de estudios a fines del siglo XIX de autores como MATAJA, en Alemania, ORLANDO, en Italia, y sobre todo, Louis JOSSEMAND (*De la responsabilité du fait des choses*, 1898) y Raymond SALEILLES (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897) en Francia, quienes con sus ideas elaboraron la llamada doctrina del riesgo. En el ámbito legal, importantes son la Ley Prusiana de Ferrocarriles de 1838 y la también prusiana Ley Imperial de Responsabilidades Civiles de 1871, así como también la ley francesa de accidentes del trabajo de 1898, textos que incorporan elementos netamente objetivistas.

En el caso francés los autores más arriba citados, influyeron a través de sus obras en la jurisprudencia mediante la interpretación extensiva del artículo 1384 del *Code*, el cual, como se sabe, está encargado de reglamentar la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tiene bajo guarda o custodia, a partir del cual se inició un largo proceso de objetivación de esa forma de responsabilidad, especialmente desde el famoso fallo *Jand'heur*, de 13 de febrero de 1930, que ha desembocado en que, actualmente, a todo daño causado por una cosa manejada por el dañante se aplique este régimen de responsabilidad objetiva. Para un análisis más detallado de este proceso se puede recurrir a DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños, ob. cit.*, págs. 108 y ss, CHABAS, François, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren Editeur, 2004, págs. 38 y ss., y VINEY, Geneviève, *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998, págs. 82 a 84. Pero este no ha sido el único proceso de objetivación de la responsabilidad extracontractual en Francia. En doctrina se dice actualmente que, junto con el advenimiento de los regímenes de responsabilidad objetiva, fruto de la jurisprudencia o del legislador, ha surgido un nuevo fenómeno: la objetivación de la culpa, a través de una serie de mecanismos, que según Philippe LE TOURNEAU (*La responsabilidad civil*, Legis, 2004, págs. 45 y 46), han sido las facilidades concedidas para la prueba del nexo de causalidad y una severa apreciación de la culpa, de una manera contraria al buen sentido y a la moral (a través de la imposición de responsabilidad al autor por la culpa leve y la aceptación de la culpa en los niños).

En el derecho italiano, en tanto, la responsabilidad objetiva tiene su principal y más novedoso exponente en la llamada responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, del artículo 2050 del Código civil de 1942. Sobre esta forma de responsabilidad no me extenderé en este momento, por tratarse de una materia analizada con cierto detalle en el Capítulo IV (un análisis pormenorizado de la situación italiana se encuentra en el trabajo de Luigi CORSARO, “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000, págs. 131 a 167).

Finalmente, digamos que en el derecho anglosajón la responsabilidad objetiva o *strict liability* es una noción muy antigua, por lo que no es posible decir que haya una mayor evolución desde la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad estricta, sino que es la idea de que la responsabilidad se base en la culpa lo relativamente moderno (DIEZ-PICAZO, “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en *La responsabilidad en el derecho*, edición a cargo de Fernando Pantaleón, Madrid, 2001, pág. 157). Como es sabido, el fundamento moderno de esta responsabilidad lo

Como es evidente, en este trabajo no se pretende tratar con detalles las vicisitudes y características de cada uno de estos sistemas de responsabilidad más allá de lo estrictamente necesario. Estas breves palabras no pretenden más que servir de introducción a una materia ineludible en un estudio sistemático y científico del daño causado por un individuo no identificado que pertenece a un grupo y de la responsabilidad colectiva, entendida como la respuesta del ordenamiento jurídico a esta forma de daño. Anteriormente se ha desarrollado el problema de la relación de causalidad en la responsabilidad colectiva. Pues bien, ahora corresponde hacer lo mismo con el estadio siguiente, el criterio de imputación subjetiva por el cual se impone la responsabilidad al grupo de individuos al que pertenece el autor del daño, el motivo que nos lleva a condenar al grupo al pago de una indemnización por un daño que no todos sus integrantes han causado, pero al que se encuentran causalmente relacionados. El problema se resume en esclarecer si la responsabilidad colectiva ha llegado a aplicarse por existir una culpa individual en el comportamiento de los miembros del grupo o si puede tratarse en realidad de una culpa conjunta o común. O bien, si en realidad se condena a todo el grupo de individuos por realizar una conducta que el ordenamiento jurídico considera riesgosa para terceros y que, aun más, ha llegado a materializarse en la persona de la víctima.

La cuestión que estoy proponiendo no se agota en lo meramente técnico y teórico, puesto que la adopción de una posición a favor de una u otra alternativa tiene importantes ribetes prácticos. Específicamente, en lo que dice relación con la posibilidad de liberación de responsabilidad de alguno de los miembros del grupo por alguna razón que lo excluya de la actuación grupal, como puede ser, por ejemplo, la utilización de un arma distinta a aquella que hirió a un tercero. Esto porque, como veremos, se ha dicho que la exclusión de responsabilidad sólo sería posible si es que el criterio de imputación subjetiva a considerar es la culpa individualmente considerada. A la inversa, si entendemos que la

constituye el caso *Rylands vs. Fletcher*, cuyo fundamento teórico se aplicó inicialmente a casos muy puntuales, especialmente casos de daños producidos por el agua acumulada en lugares especialmente acondicionados para ello, pero posteriormente se extendió a casos de daños producidos por fuego, gas y sus conductos, la electricidad, explosivos y sustancias tóxicas.

responsabilidad colectiva es una forma de responsabilidad objetiva, tal exclusión no sería posible, ya que si el haz de individuos ha contribuido con su comportamiento a generar el riesgo, todos ellos deberán responder si éste se concreta, no habiendo ninguna forma de escapatoria posible (que no se base en la inexistencia de relación de causalidad o en la fuerza mayor, por supuesto).

A modo de referencia, cabe recordar que el criterio de imputación, en especial el subjetivo, ha sido utilizado como justificación de la condena solidaria de los integrantes del grupo en los ordenamientos de países vecinos que han adoptado esta fórmula. Así, vimos que en Francia se adoptó, en una etapa primaria de aceptación de la responsabilidad *in solidum* de los miembros del grupo, el criterio de la “culpa común” o “culpa conjunta”, basado en el actuar común de los miembros del grupo; o el de la “guarda común”, cuya base es la guarda que cada integrante del colectivo tiene respecto de la cosa que pudo haber causado el daño. Cosa similar ocurre en Alemania, a propósito de la interpretación del parágrafo 830 del BGB. A la inversa, en la doctrina argentina dominante, por ejemplo, se fundamenta la responsabilidad colectiva en el riesgo creado por la actuación del grupo que desemboca en el daño sufrido por la víctima, con lo que la condena de todos los involucrados sería una forma de responsabilidad objetiva¹¹⁰.

2.1. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

En el sistema de responsabilidad extracontractual que a nosotros nos interesa, el español, el asunto ha sido escasamente abordado porque, como ya se ha dicho, el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo se ha estudiado en forma relativamente escueta. Sin embargo, en la doctrina española se

¹¹⁰ Algunos ejemplos: en Alemania razonan de esta manera Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, págs. 625 y 626, Dieter MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, tomo I, Bosch, 1995, págs. 804 y 805 y ENNECCERUS, KIPP, y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, Bosch, 1935, págs. 673 y 674; en Francia podemos encontrar a POSTACIOGLU, : “Faits simultanés et le problème de la responsabilité civile”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1954, págs. 438 a 443 y CARBONNIER, *Derecho civil, ob. cit.*, págs. 78 y 79. En Argentina, en tanto, a pesar de observarse una tendencia mayoritariamente inclinada por la consideración objetiva de la responsabilidad colectiva, existen autores que razonan en sentido diverso, como LLAMBIAS, Jorge, “Responsabilidad colectiva o anónima”, en *El Derecho*, 1979, págs. 783 y ss.

observan un par de importantes opiniones, fundadamente dispares, que corresponden a dos de los autores que más tiempo, páginas y esfuerzo han dedicado a la materia que nos ocupa, como son los profesores Ricardo DE ÁNGEL y Virginia MÚRTULA. Me interesa exponer a continuación el pensamiento de cada uno, a fin de desarrollar a continuación mi propia idea sobre este aspecto tan importante de la responsabilidad colectiva.

DE ÁNGEL formuló su planteamiento sobre esta materia en el trabajo “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”¹¹¹, de 1982. En él desarrolla un exhaustivo comentario respecto de la justificación teórica de la responsabilidad solidaria del grupo, que comprende los diversos elementos de ella como forma de responsabilidad extracontractual. Intentando encontrar un adecuado respaldo técnico a esta decisión, el autor analiza y descarta las diversas posibilidades. De este modo, y en lo concerniente a nuestro punto, su análisis parte por la llamada *doctrina del riesgo*. A su juicio, ésta no constituye un apoyo suficiente para la responsabilidad colectiva, por cuanto se trata de una figura que no lleva a responder a quienes crean una situación riesgosa por el puro riesgo, sino por el daño que resulta del riesgo o puesta en peligro, y en las figuras de daño causado por un integrante no precisado de un grupo, sólo uno de ellos ha sido su autor directo, en tanto que los demás no han llegado a tener esa calidad. En otras palabras, DE ÁNGEL parece descartar la doctrina del riesgo como soporte de la responsabilidad colectiva porque aquella implica la creación de un riesgo por un grupo que se debe materializar por *todos* sus integrantes, lo que, ya sabemos, no sucede en la segunda.

En este sentido, el autor aplaude la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980, que es una de las resoluciones que motivaron su trabajo y que ya hemos analizado¹¹², y que rechaza la condena solidaria de los dos niños involucrados en el suceso dañoso¹¹³. En lo pertinente, tal sentencia afirma que “...*aún teniendo presente que con su actitud los dos menores, hijos de*

¹¹¹ DE ÁNGEL, *ob. cit.*, págs. 59 y ss.

¹¹² *Vid. supra*, Capítulo Tercero: 3, 3.1.3.

¹¹³ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 62.

ambos demandados, creaban una situación de peligro, generadora, en potencia, de posibles daños, no puede olvidarse que el ilícito civil que sancionan los artículos 1902 y 1903 del Código Civil con la responsabilidad de indemnizar los daños causados, ha de referirse siempre y en todo caso a conductas u omisiones culposas cualificadas por el resultado dañoso, y nunca por una situación de mero peligro, en base a la cual, únicamente habría de ser producida la condena de ambos demandados en este caso, y por tanto, absolutamente improcedente”.

A continuación, DE ÁNGEL agrega que tampoco es fundamento bastante para la condena grupal solidaria la línea doctrinal seguida por el Tribunal Supremo en materia de inversión de la carga probatoria de la culpa. A su juicio, “la doctrina de la inversión de la carga de la prueba requiere tener certeza...sobre la identidad del causante del daño. Se presume la culpa, pero no la autoría. Observación importante si se tiene presente que en los casos que motivan este comentario la hipótesis o punto de partida es que no se sabe cuál de los niños que disparaban o tiraban piedras fue el que alcanzó a la víctima”¹¹⁴. En otras palabras, para el autor mal podría presumirse la culpa del autor de un daño si es que la identidad de éste no es conocida con certeza¹¹⁵.

Finalmente, y luego de descartar éstas y otras posibilidades de diferente naturaleza como fundamento de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, DE ÁNGEL sugiere su propia visión como respaldo técnico de aquella, que plasma en la doctrina que denomina “de la actividad colectiva peligrosa” o “del peligro originado por una colectividad”. El propio tratadista describe su idea, diciendo que “cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de

¹¹⁴ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 63.

¹¹⁵ Este criterio del autor podría rebatirse si se considera que, como lo he propuesto, en la responsabilidad colectiva opera un mecanismo de presunción de la relación de causalidad, que permite presumir el nexo causal entre el daño y cada uno de los integrantes del grupo. Así, presumida la causalidad material y la autoría, también se podría deducir la culpa de ellos. Lo que sucede es que para DE ÁNGEL el problema central de la responsabilidad colectiva no es la ausencia o falta de prueba de la relación de causalidad, que sólo sirve para saber *de qué* y *hasta dónde* se responde, sino de autoría, es decir, quién responde, siendo ambos conceptos distintos (“Indeterminación del causante de un daño”, *op. cit.*, págs. 60 y 61). Así, al no encontrarse esclarecida la autoría del daño siquiera por la vía de la presunción de la causalidad, no podría tampoco presumirse la culpa.

la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo”. Y continúa la elaboración de su propuesta señalando que “la apoyatura técnica de esta solución tendría que ser la creación por parte del colectivo de un riesgo para terceros. Aquí radicaría la ilicitud o antijuridicidad. Por dar lugar al riesgo, sus autores quedan sujetos a la responsabilidad por sus consecuencias. El hecho de disparar con descuido o de tirar piedras con peligro (el descuido y el peligro vendrían acreditados por la circunstancia de que el daño se causó) constituyen ya el ilícito *común...*”¹¹⁶.

Las palabras del profesor DE ÁNGEL recién transcritas no pueden ser más claras. Su opción es la imputación de responsabilidad por el riesgo creado, de modo que la realización de la actividad colectiva peligrosa acarrea para sus autores las consecuencias que ya conocemos. Se trata entonces de una forma de responsabilidad objetiva, basada en el “peligro originado por una colectividad”¹¹⁷.

En lo que respecta al principal problema práctico que nace de esta elaboración teórica, la posible liberación de responsabilidad de alguno de los componentes del grupo, el autor en comento reconoce que ante la solución técnica que propone, lo lógico sería que siempre deban responder todos los integrantes, sin exclusión posible, pues todos han participado en la creación del riesgo generado por la realización de la actividad peligrosa conjunta. Sin embargo, la exclusión de responsabilidad podría justificarse, prosigue el tratadista, en virtud del principio de la personalidad de la pena, regla fundamental del ámbito del Derecho penal trasladada al Derecho civil, y a consideraciones de justicia superiores a aquellas por las que se explica la tendencia a la reparación de la víctima. “En definitiva, sería ir al fondo mismo del supuesto de hecho, pues el problema que venimos planteando sólo se suscita –en teoría y en la práctica- cuando se desconoce el autor directo del daño,

¹¹⁶ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 74.

¹¹⁷ Digamos que también ha sido aceptada la idea de la actividad de riesgo realizada por el grupo como criterio de imputación por parte de autores tales como LACRUZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 488 y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, Bosch, 1999, pág. 102, en términos prácticamente idénticos a los propuestos por DE ÁNGEL. En contra, MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad...*, *op. cit.*, págs. 398 y 399.

por mucho que éste se haya producido en el desarrollo de una actividad semejante por parte de dos o más”¹¹⁸.

Esta última parte del pensamiento de Ricardo DE ÁNGEL ha sido complementada por Ignacio DE CUEVILLAS¹¹⁹, quien opina que la justificación de la responsabilidad solidaria no necesariamente debe obtenerse por el camino que lo hace el prestigioso tratadista. Coincide este autor con el primero en que el criterio de imputación en la responsabilidad colectiva es el riesgo, creado por todos los miembros del grupo, de manera que la pertenencia al colectivo es la base para atribuir a sus integrantes la participación en una actividad peligrosa, a cuya creación han contribuido todos. La participación de ciertas personas en el colectivo debe ser probada por la víctima y, a partir de ese momento, la dificultad probatoria que inicialmente había perjudicado a aquella, se traslada a quien ha sido vinculado con el grupo por el ofendido. “Es a éste a quien le incumbe suministrar una realidad adversa a la apariencia suscitada por su conexión *prima facie* relativa a la colectividad. De no establecerse una presunción de este género sería extremadamente difícil fundar la acción. Si se exigiese acreditar algún hecho concreto de los presuntos responsables, quedaría...muchas veces frustrada la indemnización, pues sólo la autoría última de ordinario es anónima; además la propia participación en el nacimiento del peligro es difusa, sin admitir una cabal dilucidación personal, individual. La autoría del peligro sólo tiene precisa ubicación con respecto al grupo; podrán ser situados sus aparentes componentes, pero, en cambio, será frecuentemente diabólico discriminar el grado de participación individual dentro del grupo. Por ello, establecida la relación causal entre la actividad riesgosa del grupo y el daño producido, serán los propios demandados quienes deberán probar: su no pertenencia al grupo, o bien a pesar de pertenecer al mismo, su no participación o contribución con el riesgo creado y el daño producido, a efectos de liberarse de responder o de distribuir el peso de la indemnización pagada a la víctima, según la propia actuación de cada uno. En definitiva, se está demostrando que ha habido una causa nueva o preponderante que fue la que originó

¹¹⁸ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 75.

¹¹⁹ DE CUEVILLAS, *La relación de causalidad...*, *op. cit.*, pág. 302.

de manera única el daño producido, imputable, por ejemplo, a un sujeto concreto que se individualiza, y que viene a romper la originaria relación de causalidad”.

DE CUEVILLAS afirma en su comentario que el supuesto de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo es un claro ejemplo de riesgo creado por una reunión de personas por la actividad desarrollada conjuntamente. El autor no tiene dudas de que se trata de una figura de responsabilidad objetiva determinada por el riesgo creado por el grupo. Ahora, en cuanto al problema de la exoneración de responsabilidad, su opinión parece apuntar a que esta hipótesis presenta tales características de anonimato para el autor material, que es absolutamente imposible identificar cualquier comportamiento de parte de los miembros del grupo: ni siquiera podemos saber el grado de participación culposa que ha tenido cada uno en la producción del resultado final. Lo único que tenemos claro es que cada sujeto involucrado ha participado en un grupo creador de una actividad peligrosa, concretada por uno de sus componentes. De modo que, en esas condiciones, a quienes les cabe probar alguna circunstancia indiciaria de la actividad de cada uno de ellos es a los propios miembros del conjunto, quienes tendrán a su cargo la aportación de cualquier elemento que describa su real intervención en la conducta peligrosa, incluyendo, por supuesto, aquellos antecedentes que los puedan eventualmente exculpar.

En una vereda opuesta al de los dos autores reseñados se mueve Virginia MÚRTULA¹²⁰, quien razona de una manera distinta a la expuesta recientemente. Para esta autora, no es posible que la condena solidaria del grupo sea un supuesto de responsabilidad por el riesgo creado por el grupo, ya que, como es evidente, se trataría de una forma de responsabilidad sin culpa, de lo cual se deriva que la obligación de indemnizar nace de la actuación grupal y, por lo tanto, aquella existirá incluso aunque se identifique al autor material del daño. Por otra parte, sostiene que carece de sentido excluir de responsabilidad a aquél de los integrantes

¹²⁰ La opinión de la autora en esta materia se encuentra plasmado en sus trabajos *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, págs. 86 a 89 y 92 y 93, y “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, en *InDret*, abril de 2006, www.indret.com, pág. 20 y ss.

del conjunto que pruebe no haber causado el daño, porque la razón de ser de esta categoría de responsabilidad radica en la actuación peligrosa común, lo que necesariamente obliga a que deban responder todos los miembros del grupo, puesto que todos participaron en la creación del riesgo por partes iguales.

El pensamiento de MÚRTULA tiene como punto de partida la idea de que para responsabilizar a todos los posibles agentes que han concurrido a la producción de un daño, deberían existir respecto de todos las mismas condiciones de imputación subjetiva u objetiva, “de manera que si la responsabilidad tiene su origen en la culpa, pueda encontrarse culpa en todos y si la responsabilidad tiene su origen en el riesgo, todos han debido de contribuir a crearlo... Así, por ejemplo, no se podrá responsabilizar a un grupo de pasajeros que viajan en un autobús por el daño causado por uno de ellos al arrojar un objeto por una ventanilla, si aquéllos estaban sentados tranquilamente en sus asientos cuando se produjo el hecho, pero sí cuando todos participaban de un juego que puede implicar que un objeto salga por las ventanillas del autobús que están abiertas y puedan lesionar a alguien que pase por la acera de una vía pública concurrida”¹²¹.

En consecuencia, y por aplicación de la regla del artículo 1902 del Código civil, si un grupo de personas realiza una actividad de la cual se deriva un perjuicio, causado por uno de ellos al cual no se puede identificar, todos ellos deberán responder del daño, puesto que con su actuación debieron haber previsto o evitado el mismo. El criterio de este artículo, dice la autora, que permite delimitar el círculo de responsables, es la culpa o negligencia, y en el caso que nos ocupa se trata de una culpa individual entre varias acciones de conjunto, que no constituyen un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva.

¹²¹ MÚRTULA, “Causalidad alternativa e indeterminación ...”, *op. cit.*, pág. 20. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, *Derecho de daños, op. cit.*, pág. 168, y PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983, pág. 413. En todo caso, debo señalar en este punto que no me parece acertado el ejemplo propuesto por la autora en orden a demostrar su toma de posición, puesto que en el mismo la ausencia de responsabilidad invocada para los demás pasajeros no debe buscarse en la falta de culpa de los mismos, sino en su no pertenencia al grupo. En efecto, tales pasajeros, en realidad, no han formado parte del grupo que ha llevado a cabo la actividad reprobable, por lo que no se trata, en verdad, de un problema de imputación subjetiva, sino de uno anterior, de falta de uno de los presupuestos de la responsabilidad colectiva, cual es la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del grupo.

Entonces, la idea de la responsabilidad solidaria del grupo como forma de responsabilidad objetiva no seduce a la autora. En su opinión, el riesgo creado por la actividad peligrosa del grupo no sería más que la infracción del deber de cuidado que pesa sobre cada uno de sus integrantes de evitar aquellos daños que resultaren previsibles. En consecuencia, cada integrante del conjunto será responsabilizado por haber realizado una acción culposa o negligente que pudo haber causado el daño, sin que sea necesario comprobar una relación causal entre su actuación y la consecuencia dañosa, bastando que aquella pueda ser una de las causas del quebranto de la víctima. “Sólo aquél que pruebe la ausencia de causalidad entre su acción y el resultado producido,...quedará exonerado de responsabilidad (por ejemplo, probando quién ha sido el autor del daño, la culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor)”, concluye la autora¹²².

En definitiva, MÚRTULA parece rechazar que la responsabilidad colectiva pueda ser un supuesto de responsabilidad por riesgo, fuera de aquellos casos en que la ley le dé ese carácter. Respecto de las hipótesis no previstas por el legislador, y que por lo mismo se rigen por el régimen general del artículo 1902, para la autora éstas deben entenderse del modo que se ha explicado en el párrafo anterior, esto es, como figuras culposas¹²³. De hecho, la opinión de Ricardo DE ÁNGEL le parece reprobable, puesto que, siguiendo a DÍEZ-PICAZO¹²⁴, “los riesgos que se ubican en la doctrina del riesgo han de ser riesgos de carácter especial que aumenten de algún modo los riesgos generales de la vida, lo que sólo se justifica claramente si se trata de riesgos de empresa. Esto limitaría la posibilidad de aplicar el principio enunciado por DE ÁNGEL al caso, por ejemplo, de un grupo de empresarios que emitan agentes contaminantes...”¹²⁵. Este aumento de los riesgos de vida más allá de lo que se considera permitido para la propia

¹²² MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 87.

¹²³ Sin pronunciarse respecto de esta discusión, pero aparentemente presuponiendo que se trata de hipótesis de culpa, se manifiestan GÓMEZ CALLE, Esther, “Los sujetos de responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Aranzadi, 2002, pág. 420 e YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 418 y 419

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 164.

¹²⁵ MÚRTULA, “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, *op. cit.*, pág. 21.

actividad debería ser probada por el perjudicado, ya que “sólo así podrá establecerse un lazo lo suficientemente estrecho entre el partícipe y el supuesto dañoso que justifique la imputación del daño, separándolo del resto de personas que tienen una postura neutral frente al resultado lesivo”¹²⁶.

A modo de resumen de las ideas expuestas, digamos que los autores citados defienden posturas muy definidas y opuestas: mientras DE ÁNGEL, apoyado por DE CUEVILLAS, propone (indirectamente) que la responsabilidad colectiva sea entendida como una forma de responsabilidad objetiva, basada en la realización por parte de una agrupación de individuos de una actividad colectiva peligrosa, esto es, una actividad de riesgo, MÚRTULA sostiene que para responsabilizar a los integrantes del grupo deben existir las mismas condiciones de imputación para todos ellos, subjetivas u objetivas, y que en aquellos casos que la ley no regule expresamente como formas de responsabilidad objetiva, debería entenderse que la responsabilidad de cada uno de ellos es subjetiva, fundada en la culpa individual de llevar a cabo una actividad cuyo peligrosidad debió ser prevista por ellos y que desembocó en un daño que no se evitó.

Como ya adelanté más arriba, expuestas las que parecen ser las principales líneas posibles de argumentación respecto del tema en cuestión, intentaré definir una posición personal sobre el punto. En primer lugar, me parece que es válido sostener que ambas posiciones tienen merecimientos como para inclinarse por alguna de ellas. Así, es indudable que en la actividad grupal originaria del daño ha existido un riesgo creado, sea que se persiga la culpa de cada uno de los integrantes por su formación, sea que se prescinda de ella y se sancione la conducta grupal como un todo creador del peligro. Por lo tanto, parece haber un respaldo en el supuesto de hecho a la visión objetiva de la responsabilidad colectiva. Por otra parte, no se deja de ser atendible y lógica la opinión de DE CUEVILLAS, por la cual se hace ver que mal podría exigirse la búsqueda de una conducta culposa en los integrantes del colectivo si es que, a causa de la configuración de la actividad grupal,

¹²⁶ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 88.

no es posible averiguar cuál ha sido el comportamiento o grado de participación de cada uno de ellos en esa actividad.

Sin embargo, mi preferencia se inclina finalmente por la tesis sustentada por la profesora MÚRTULA, esto es, la afirmación de que la responsabilidad colectiva no es en sí misma una responsabilidad subjetiva u objetiva, sino que su naturaleza en este sentido dependerá, en primer lugar, de la opción que adopte la propia ley, si es que regula especialmente esta forma de responsabilidad, como acontece en España con la Ley de Caza; y si ello no ocurre, como pasa en el sistema general de responsabilidad extracontractual español, el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo deberá someterse a las reglas generales sobre imputación subjetiva, determinado por la regla del artículo 1902 del Código civil, consecuencia de lo cual la responsabilidad colectiva pasará a constituir una forma de responsabilidad subjetiva o por culpa. Esta culpa no deberá ser probada por la víctima, de acuerdo a la situación actual en esta materia que presenta el sistema español, sino que serán los propios los integrantes del grupo quienes deberán probar que se han comportado con la diligencia debida.

En vista a fundamentar esta toma de posición, me parece que la principal razón que debe considerarse está en la coherencia que ella guarda en relación a las peculiares características del sistema de responsabilidad civil extracontractual español. En efecto, la lógica de este sistema está estructurada sobre un régimen subjetivo con base en la culpa, cuya piedra angular es el artículo 1902 del Código civil, regla general aplicable a todos aquellos casos que no tengan una regulación especial y diferente. Si tal regulación existe, a ella habrá que atenerse. Pero cualquier figura o hipótesis no reglamentada expresamente en el Código o en una ley especial debe ser reconducida al citado artículo 1902. Es en este contexto que un supuesto no previsto por el legislador como lo es el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo debe entenderse y analizarse. En consecuencia, debemos asumir que si esta categoría de daño no ha tenido espacio en el Código civil, fuera de las hipótesis en que ella pudiera tener aplicación, como se verá en el capítulo final de este trabajo, y salvo los casos en que leyes especiales le den una

cabida, como el claro ejemplo de la Ley de Caza, es porque aquellas situaciones de hecho que se verifiquen en la práctica deberán someterse a los preceptuado por el artículo 1902.

La conclusión anterior tiene varios asideros. El primero de ellos se encuentra en la idea generalmente aceptada por la doctrina¹²⁷ y la jurisprudencia¹²⁸ de que los supuestos de responsabilidad objetiva deberían ser establecidos por la ley, ya que la norma de aplicación general es el artículo 1902 y su criterio culpabilístico, que sólo puede derogarse para una materia determinada a través de una disposición legal específica. Esto se corrobora si consideramos que la naturaleza objetiva o subjetiva de una forma de responsabilidad civil dependerá no tanto de la forma en que el hecho dañoso se manifieste, sino de la decisión que tome el legislador en cuanto a prescindir o no de la culpa para imputar la responsabilidad al ofensor. Y también esta idea sintoniza con la afirmación de MÚRTULA, expuesta más arriba, en el sentido de que el riesgo creado por la actividad peligrosa del grupo no sería otra cosa que la infracción del deber de cuidado que pesa sobre cada uno de sus miembros de evitar aquellos daños que resultaren previsibles.

Este último comentario es útil para entender una relación que, en principio, aparece como contradictoria, pero que es perfectamente lógica y posible, teniendo en el daño causado por el miembro no identificado de un grupo una clara aplicación: aquella por la cual es posible la persecución de responsabilidad por la culpa en la creación de un peligro. En efecto, en la responsabilidad colectiva no se hace otra cosa que condenar a una serie de sujetos que han demostrado ser negligentes en el desarrollo de una actividad creadora de un riesgo, que termina por concretarse a través de uno de ellos. De hecho, esta posibilidad ha sido claramente reconocida por la jurisprudencia, siendo un ejemplo claro en este sentido la STS de 8 de noviembre de 1990 (8086/1990), que determinó la existencia de un comportamiento culpable en un empresario por la creación de un riesgo que desembocó en un accidente laboral: “...*Frente a lo afirmado en la instancia, de que*

¹²⁷ Por todos, ROCA, *Derecho de daños...*, *op. cit.*, pág. 212.

¹²⁸ SSTs de 19 de octubre de 2007 (1163/2007), 28 de abril de 1997 (378/1997), 15 de febrero de 1995, como someros ejemplos en este sentido.

no concurrió o no se probó conducta culposa en el empresario, es de mantener, por el contrario, el concepto moderno de la culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada. Y así ocurrió en el caso debatido en el supuesto de la recurrente al trabajar en un ambiente contaminado como consecuencia de la deficiencia o inexistencia de las medidas precautorias y de seguridad a que tenía derecho...”.

Y prosigue el Supremo afirmando que *“evidentemente la entidad demandada creó una situación de riesgo, de la que ha de responder, ya que es un peligro puesto por sí misma, que lleva consigo una responsabilidad por sus consecuencias lesivas para otras personas, aunque represente una empresa o explotación permitida. Por ello la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa...Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado”.*

Es evidente entonces que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de la condena por negligencia en la producción de un riesgo, tal como se puede observar en la responsabilidad colectiva.

En fin, considero que la idea recién desarrollada se ratifica por las palabras de DÍEZ-PICAZO, para quien los riesgos que configuran la doctrina del riesgo deben tener una naturaleza especial, la que viene dada por el aumento que ellos significan de los riesgos generales de vida, lo que sólo se justifica claramente respecto de los riesgos de empresa. Como es evidente, el daño causado por el miembro de un grupo puede provenir de una actividad doméstica, como pueden ser dos niños que juegan en la calle, o por el contrario, de una actividad empresarial compleja, como la de varias empresas que arrojan elementos contaminantes a un río. Si siguiéramos estrictamente este predicamento y admitiéramos la responsabilidad colectiva como una responsabilidad objetiva jurisprudencial, correríamos el riesgo de dejar fuera de ésta a un sinnúmero de hipótesis perfectamente acomodables dentro de su ámbito, como puede ser uno de ellos el caso de los niños que he mencionado recién.

En oposición a lo que he dicho anteriormente, se podría argumentar diciendo que si la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo constituye una alteración de la forma en que tradicionalmente se entiende uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, la relación de causalidad, porque ella se aprecia como un nexo ya no entre el daño y su autor material, sino entre aquel y el grupo del cual éste forma parte, por qué no podría hacerse una aplicación novedosa de los criterios de imputación subjetiva, consagrando la responsabilidad colectiva como una forma de responsabilidad objetiva por riesgo al margen de los preceptos legales, en busca de facilitar de esta forma el resarcimiento de la víctima, quien, al no tener que acreditar la culpa de los miembros del grupo, accedería más libremente al crédito indemnizatorio.

La respuesta a este eventual cuestionamiento es que la responsabilidad colectiva es una categoría que precisamente se caracteriza por el tratamiento laxo que hace del requisito de la relación de causalidad, el cual es entendido de manera más flexible y acorde con las características del supuesto de hecho en el que se presenta. El centro del problema que constituye el daño causado

por el miembro indeterminado de un grupo es la relación de causalidad, la que por ello debe ser objeto de un entendimiento diferente, en pro de soluciones de equidad, quedando al margen de esta problemática el criterio de imputación subjetiva, el cual, más allá de las dudas que presenta y que estamos estudiando, en ningún momento ha sufrido cuestionamiento alguno en cuanto a su existencia o a su configuración habitual, cosa que sí pasa al examinar el nexo causal en la responsabilidad colectiva. Como ha dicho YZQUIERDO TOLSADA, entre otros varios autores, en esta clase de daño el problema no es que exista “culpa anónima”, porque culpa hay en todos los componentes del grupo que han contribuido a crear la situación generadora de peligro, sino que es un problema de “causa anónima”, que se resuelve mediante los mecanismos ya propuestos¹²⁹.

Por otra parte, no debemos olvidar que la circunstancia de considerar a la responsabilidad colectiva desde una perspectiva subjetiva sometida al artículo 1902 del Código, implica aplicarle el tratamiento que este precepto tiene en el ordenamiento jurídico español, esto es, como una figura basada en el idea de culpa, pero suavizada por la inversión de la carga de la prueba de aquella, tratamiento que es consiguientemente aplicable a la clase de daño en estudio, en el que la víctima quedará eximida de probar la negligencia de los miembros del grupo. Las facilidades que se busca entregar al ofendido para obtener la reparación de la lesión se mantienen bajo el amparo del artículo 1902 y su actual interpretación objetivada¹³⁰.

¹²⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 419.

¹³⁰ Sería tedioso e innecesario extenderse en demasía respecto de un tema sobre el que se ha escrito tanto, como es el proceso de objetivación por la jurisprudencia española del sistema de responsabilidad subjetiva del Código civil. Sin embargo, por su importancia y por la indudable aplicación que tiene en el campo de la responsabilidad colectiva, es inevitable hacer una breve mención al mecanismo de la inversión de la carga de la prueba de la negligencia, porque ha sido la herramienta utilizada por la jurisprudencia española para llevar a cabo el proceso de objetivación del sistema de responsabilidad del Código civil español, el que se basa en la culpa como criterio de imputación, siendo, por lo tanto, un sistema de responsabilidad subjetiva. Como bien lo afirma Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “con la expresión “carga de la prueba” no se quiere significar tanto la necesidad de realizar un “esfuerzo procesal” en la aportación de medios de prueba, como la atribución del riesgo de que, a falta de prueba, un hecho se de por existente o inexistente” (*La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, 1987, pág. 65). Como se sabe, tradicionalmente se entendió por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que este esfuerzo procesal al que alude el autor correspondía, en materia de responsabilidad civil, a la víctima del daño. El fundamento de esta línea jurisprudencial se encontraba en el antiguo artículo 1214 del Código Civil, según el cual “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su

Ahora bien, la coherencia sistemática que postulo al atribuirle un carácter subjetivo a la responsabilidad colectiva tiene su manifestación más importante en la posibilidad de liberación de responsabilidad que asiste a los miembros del grupo. En efecto, ya dije al iniciar este apartado que el principal problema práctico que se plantea al considerar a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo como una responsabilidad por riesgo se encuentra en que, siguiendo la lógica que impregna esta materia, ningún integrante del conjunto podría liberarse de ser condenado al pago de una indemnización si es que se llegasen a comprobar a su respecto los presupuestos de la responsabilidad colectiva, especialmente el vínculo causal. Esto, porque si entendemos que esta responsabilidad se basa en el riesgo, lo normal será que todos aquellos que contribuyeron a crear el riesgo respondan por éste, aun cuando alguno de ellos pruebe no haber sido el autor material del daño, o incluso se compruebe quién ha sido el responsable directo. Sabido es que en materia de responsabilidad objetiva las únicas posibilidades de exoneración son la ausencia de causalidad, la fuerza mayor o la culpa de la víctima, de modo que ninguno de los posibles responsables es libre si

cumplimiento”. Sin embargo, esta interpretación del Tribunal Supremo sufrió un importante cambio con una sentencia ya clásica en esta materia y que se dice por la doctrina que es la que inicia el proceso de objetivación del sistema de responsabilidad civil español basado en la culpa. Esta sentencia, de fecha 10 de julio de 1943, parte aclarando que el sistema de responsabilidad vigente en España es aquel que se basa en la culpa; enseguida dispone que, a pesar de lo anterior, no debe excluirse la posibilidad de presumir la culpa e imponer al autor del daño la carga de desvirtuar esa presunción en todos aquellos casos en que, por la naturaleza del hecho dañoso, esa presunción de culpa sea posible. La inversión de la carga de la prueba, junto con otro mecanismo, el aumento de la diligencia exigida, constituye la forma empleada por la jurisprudencia española para introducir elementos de tipo objetivo en un sistema esencialmente subjetivo, en el que, es importante recalcarlo, el criterio culpabilístico tiene plena vigencia. Se trata, por lo tanto, de un intento de incorporar las tendencias más modernas en materia de Derecho de daños sin variar el fondo del sistema del Código Civil, presumiendo la culpa del autor, quien debe asumir la carga de demostrar que esa presunción carece de base por haber actuado con la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso. A lo anteriormente expuesto solamente quisiera agregar, con un afán informativo de la situación actual de este proceso, que uno de los mecanismos utilizado por el Tribunal Supremo con tal fin, el llamado criterio del aumento o agotamiento de la diligencia, (por el cual, si se llegaba a probar el daño y la causalidad, quedaba también demostrada la culpabilidad, puesto que si el daño se había producido era porque no se habían adoptado todas las medidas pertinentes para evitarlo), habría sido superado y dejado de lado por el Alto Tribunal (PEÑA LÓPEZ, “El criterio de imputación. Los criterios de imputación objetivos”, *ob. cit.*, pág. 129). En todo caso, reseñas recientes y actualizadas del proceso de objetivación del sistema de responsabilidad se encuentran en los trabajos del autor recién mencionado (págs. 126 y ss.), de REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil, ob. cit.*, págs. 183 a 186, y, por supuesto, el siempre vigente trabajo, ya citado, de CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*.

no acredita alguna de estas circunstancias. Pues bien, la idea de la liberación de responsabilidad por alguna otra razón que la recién enumeradas -como la del integrante de un grupo de muchachos que atacan a otro y uno de ellos lo lesiona con un cuchillo, probando otro ser el único que no portaba ese tipo de arma-¹³¹, que aparece a todas luces como justa y razonable, sólo será posible en estricto derecho en un sistema subjetivo de responsabilidad, donde la culpa sea apreciada individualmente y con base en un comportamiento particular. Si entendemos que la responsabilidad colectiva puede ser una responsabilidad subjetiva, la posibilidad de liberación que DE ÁNGEL postula en su formulación de la “teoría de la actividad colectiva peligrosa” tendrá un apoyo teórico con el que no cuenta si se le comprende como una responsabilidad por riesgo.

En esta sede es que cabe hacer algún comentario respecto de la opinión ya reseñada de DE CUEVILLAS, para quien la exoneración de responsabilidad procede aún en un contexto de responsabilidad objetiva, al no ser posible exigir a la víctima deslindar culpas si, por las circunstancias en que se desenvuelve el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, ni siquiera es posible saber cómo intervino o qué grado de participación tuvo cada integrante en la producción del daño final. Al respecto, cabe recordar que cuando analizamos los presupuestos de la responsabilidad colectiva, sostuve que el nexo de causalidad debe unir al daño con el grupo del cual forma parte el único y desconocido autor material, es decir, la relación causal une al daño con un grupo de individuos que han sido negligentes al crear un riesgo, materializado por uno de ellos. Comprobado esto, se configura el hecho base que permite presumir la causalidad material entre el daño y cada miembro. Por lo tanto, lo que nos interesa saber cuando indagamos la conducta de los miembros del grupo es su grado de participación negligente en la creación del riesgo, lo que se determina comprobando que cada individuo ha formado parte del grupo y ha llevado a cabo la actividad riesgosa, pudiendo cada uno de ellos haber sido el autor directo. Por el contrario, no nos interesa precisar el grado de participación en el resultado dañoso final, lo que está sobradamente claro que no es posible de lograr. De modo que la argumentación del autor no es satisfactoria, por

¹³¹ Ejemplo tomado de la obra de LARENZ, *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 625.

cuanto se basa en un supuesto que no es relevante a los efectos de desentrañar la responsabilidad de los integrantes del grupo.

Como comentario final, quisiera señalar que la cohesión de sistema que significa una solución como la que he intentado explicar en los párrafos anteriores, no disipa ciertas dudas que inevitablemente quedan rondando en el análisis. En especial, en lo que se refiere a la imposibilidad de exoneración en los supuestos “objetivos” de responsabilidad colectiva. La verdad es que no deja de parecerme injusto que en este grupo de casos los miembros del grupo se encuentren imposibilitados de alegar su irresponsabilidad por la sola circunstancia de pertenecer al colectivo imputado, aún en aquellos casos que el verdadero autor sea identificado, por meras razones de perfección técnica en desmedro de la equidad, e incluso de lo razonable y lógico (a esto se refiere DE ÁNGEL cuando justifica la liberación de responsabilidad de los miembros del grupo “por razones de justicia superior”¹³²). Sin embargo, es claro que las directrices de la técnica jurídica también tienen su razón de ser y la opción por éstas en este caso no es de ninguna manera caprichosa, sino que guarda mantener un respeto por la necesaria unidad del sistema de responsabilidad civil.

2.2. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA

De forma similar a la relación de causalidad, que no ha encontrado en la jurisprudencia un desarrollo suficiente del fenómeno que se produce a su respecto en la responsabilidad colectiva, el criterio de imputación subjetiva no ha sido objeto de un tratamiento que de origen a una doctrina sólida, completa y consistente que respalde la adopción de algún criterio claro en la condena grupal. Las menciones a la culpa o al riesgo son escasas y confusas en los fallos emanados de los tribunales españoles a propósito de daños causados por el integrante no identificado de un grupo. A pesar de lo anterior, no está de más revisar lo que en este ámbito ha manifestado la doctrina jurisprudencial.

¹³² DE ÁNGEL, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *op. cit.*, pág. 75.

Cabe hacer notar que los pasajes más interesantes sobre la materia en estudio se encuentran en las primeras sentencias dictadas a propósito de la forma de daño que nos ocupa. En efecto, recordemos, por ejemplo, que la SAT de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981 condenó al pago de una indemnización en forma solidaria a los padres de dos niños. Éstos, concertadamente, arrojaron piedras a un compañero a la salida de clases, al que no alcanzaron, pero impactaron a un tercero que resultó severamente herido en uno de sus ojos. La Audiencia sostuvo que había existido en este caso una acción culposa concertada, en los siguientes términos: “... *la acción culposa de los hijos de los demandados es obvia, no ya en atención a la teoría del riesgo creado..., sino por la finalidad que en acción conjunta perseguían de dañar a otro niño al que no alcanzaron (aunque, como por evidente hay que darlo, no tuvieran el propósito de causar un mal tan grave como el que resultó); y siendo esta notoria culpa a ambos atribuible, y siendo la misma finalidad conjunta de ambos niños, determinante a su vez de que haya de ser calificada como necesariamente culposa, no cabe que se pueda amparar la acción particularizada de ninguno de los dos en orden al resultado producido y a la responsabilidad que ha de ser su consecuencia, a pretexto de la imposibilidad práctica de la prueba de cuál de ellos hubiera sido el lanzador de la piedra precisa que causó la herida, dejando así inerte al lesionado en su manifiestamente justa pretensión de ser indemnizado. Hay una evidente culpa conjunta en una acción común, y un resultado que es su consecuencia, por lo que, de no conculcar los presupuestos lógicos de la culpa extracontractual, a los varios agentes que así hayan participado en el hecho es atribuible su consecuencia...*”.

La sentencia reconoce, entonces, que el criterio de imputación no puede ser sino la culpa, presente en el accionar de ambos muchachos en su intención de apedrear a un individuo, aún cuando el resultado obtenido haya sido distinto al perseguido. Y se desmarca la Audiencia de recurrir a la idea del riesgo creado por ambos con el sólo objetivo de facilitar la prueba de la culpa, acudiendo a la responsabilidad por el resultado, aunque, en definitiva, esa conducta culposa haya

generado un riesgo. Concuerdada y respalda esta resolución, por lo tanto, las mismas ideas que he postulado en esta materia en los apartados anteriores.

Por otra parte, la famosa y ya comentada sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983, llegó a una conclusión idéntica, e incluso utilizando palabras mucho más explícitas que la recientemente comentada. En esta ocasión el Tribunal Supremo se pronunció acerca de un caso de características muy similares al resuelto por la Audiencia de Palma de Mallorca: uno de dos niños, no se pudo averiguar cuál, hirió gravemente a un tercero en un ojo, con consecuencias lesivas permanentes. Para justificar la responsabilidad colectiva de los padres de ambos menores la Sala argumentó de la siguiente manera: *“...deriva inequívocamente, en cuanto a los autores materiales de los daños, que jugaban en la calle de una manera muy peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar ante esa negligencia y riesgo que creaban a que el menor, hijo del demandante, resultara alcanzado con uno de los objetos lanzados en el ojo derecho; derivando de este breve resumen del hecho la indudable culpabilidad de los menores, repercutible, a tenor del artículo 1903, párrafos 1º y 2º, del Código civil, en sus padres, los recurrentes y antes demandados, sin que haya obtenido la prueba de la diligencia exoneradora de esta responsabilidad civil que permite el párrafo último del mencionado artículo 1903...”*.

La incompatible mención a dos criterios de imputación subjetiva distintos que se hace en el fallo en comento, la negligencia y el riesgo, es sólo aparente. En concordancia con lo que he venido proponiendo, la sentencia del Tribunal Supremo parte del principio de que la culpa es el factor que se debe atribuir al comportamiento de los infantes; culpa que consiste en crear un riesgo materializado por alguno de ellos, sin que se averigüe cuál. Y la conclusión es una: la “indudable culpabilidad” de ambos menores, por la que deberán responder sus padres. Así, cabe concluir que el Supremo, así como lo había hecho la Audiencia de Palma de Mallorca, entiende que fuera de los casos que expresamente contemple la ley, no cabe sino considerar que la culpa es el criterio a desentrañar en el

comportamiento de los miembros del grupo, quienes serán los encargados de probar su propia diligencia, a la luz de los criterios imperantes en el sistema de daños español.

En relación con lo dicho hasta ahora se encuentra la STS de 8 de marzo de 2006 (RJ 1076), que, según lo expresé en su momento¹³³, sobresale por dos características: primero, porque remarca que la responsabilidad de los miembros del grupo nace por su participación en la actividad potencialmente dañosa, lo que, como ya sabemos, constituye la base para presumir la causalidad entre el daño y la conducta individual; segundo, porque constituye, me parece, la primera sentencia dedicada al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo que alude a la teoría de la imputación objetiva y a la creación del riesgo como criterio de imputación de la misma.

En cuanto a la imputación subjetiva en este fallo, el Tribunal Supremo también parece estimar que el criterio a tomar en cuenta es la culpa, por cuanto advierte que todos los miembros del grupo estuvieron de acuerdo en contribuir a la creación del riesgo: *“hubo sin duda un acuerdo de voluntades para la actividad creadora del riesgo (compra del ácido para hacer experimentos y posterior abandono del mismo), ..., y ello sirve como criterio de imputación objetiva y común del daño, repercutible, a tenor del artículo mil novecientos tres, párrafo primero y segundo, del Código Civil, en sus padres. La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes ocultó materialmente el producto sobrante que permitió su descubrimiento posterior por parte de otros menores...no obsta a la responsabilidad de todos ellos, pues todos mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo del daño...”*.

El problema en relación a esta sentencia es que, como se ha venido diciendo, no parece correcto sostener que el riesgo creado pueda constituir un criterio de imputación objetiva, cuando, en verdad, lo es de imputación objetiva. Y, al mismo tiempo, no puede constituir en este caso el criterio para imputar

¹³³ Vid. *supra*, Capítulo Tercero: 3, 3.1.3.

subjetivamente la responsabilidad, puesto que éste no es otro que la culpa de cada miembro del grupo al participar en forma negligente, culposa, en la creación de una actividad de peligro. Parece existir una confusión de conceptos en la sentencia que induce a emplear los criterios de imputación fuera del ámbito que realmente les corresponde.

A modo de conclusión, reitero lo señalado al principio de este apartado: si bien es cierto que la línea trazada por la STS de 8 de febrero de 1983 ha sido, en general, seguida por la jurisprudencia posterior, no menos cierto es que no se ha profundizado en sus fundamentos ni se han desarrollado del todo sus postulados. Lo ideal sería esperar que nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia, más claros, precisos y mejor fundamentados técnicamente, no se limiten a sostener la tesis de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, sino que hagan un esfuerzo por consolidarla a través de la motivación detallada de sus aspectos fundamentales, como lo es el criterio de imputación subjetiva.

CAPÍTULO VI

OTRAS ALTERNATIVAS A LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

SUMARIO: 1. La responsabilidad por cuota de mercado (*Market Share Liability*) 1.1. Antecedentes 1.2. Análisis de la teoría de la cuota de mercado 1.3. La *market share liability* en el ordenamiento jurídico español 1.4. *Pollution Share Liability* 2. Instrumentos probatorios especiales 3. La responsabilidad por hecho ajeno 4. Los fondos de garantía

Como es obvio, todo el análisis hecho hasta el momento gira en torno a la condena solidaria de los miembros del grupo por el hecho dañoso de uno de sus miembros cuya identidad resulta imposible de precisar. Sin embargo, la experiencia que proporciona el Derecho comparado nos permite saber que en otros ordenamientos se han ideado fórmulas diferentes para la solución del acertijo que plantea esta forma de daño. Así, especialmente sugestiva y digna de atención es la llamada responsabilidad por cuota de mercado (*market share liability*, en su denominación anglosajona), elaboración de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia norteamericana, propuesta especialmente a propósito de los daños causados por productos defectuosos, y que trata de superar el problema de la falta de identificación de los fabricantes de artículos nocivos.

Pero, al mismo tiempo que recurrimos a los remedios ideados más allá de las fronteras españolas, podemos revisar con cierta atención la propia legislación y en esta sede encontraremos con que las reglas sobre responsabilidad por el hecho ajeno contenidas en el artículo 1903 del Código civil son, en los supuestos acomodables dentro de ese precepto, una posibilidad completamente viable para encontrar un modo de asegurar a las víctimas el resarcimiento por el daño sufrido. Y a la misma conclusión podemos llegar a través de la consideración de ciertas máximas cada vez más integradas y familiares para la doctrina y la jurisprudencia al sistema de responsabilidad civil nacional, cuya finalidad es facilitar la prueba de la culpa o de la causalidad, según el caso, identificadas a través de expresiones como *faute virtuelle*, regla *res ipsa loquitur*, o prueba *prima facie*.

En fin, es conveniente dedicar unas palabras al instituto de los fondos de garantía, por el rol que cumplen como eventual mecanismo de aseguramiento de la compensación por el quebranto sufrido por la víctima de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, más allá de las vicisitudes procesales a que aquella se enfrente.

Todas estas figuras son de especial interés para nuestro estudio y por ello paso a abordar su procedencia en relación al tema de nuestro interés. Desde ya, debo anticipar que la mayor atención girará en torno a la responsabilidad por cuota de mercado, por tratarse de una forma de resolución del daño en estudio más cercana a la responsabilidad colectiva. Las otras formas a analizar son igualmente interesantes, pero lo cierto es que, como se verá más adelante, su aplicación es más restringida y reservada para supuestos más bien específicos, especialmente en el caso de las reglas sobre responsabilidad por hecho ajeno.

1. LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO (*MARKET SHARE LIABILITY*)

1.1. ANTECEDENTES

En el contexto de la siempre espinosa búsqueda de criterios, fórmulas o recetas que permitan superar los obstáculos que aparecen en el camino de la determinación y prueba de la relación de causalidad, o en otras palabras, de la identidad del autor del daño, se han propuesto una serie de diseños cuyo grado de aceptación y consenso ha sido variable en la doctrina y la jurisprudencia, tanto del ordenamiento jurídico en que se han desarrollado como de los ajenos a aquel. Sin margen de dudas, la más popular de estas propuestas, y consecuentemente, la que más análisis, críticas y sospechas ha motivado, es la teoría de la responsabilidad civil por cuota de mercado, o *market share liability theory*, en su denominación anglosajona, la que debe mencionarse, por ser su cuna los Estados Unidos de Norteamérica, donde nace fruto de los esfuerzos de la jurisprudencia de ese país,

especialmente la elaborada a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos¹.

Los hechos constitutivos del caso sometido a la decisión de los tribunales norteamericanos que inauguró la institucionalización jurisprudencial de este mecanismo, son sumamente conocidos, pero no por ello menos interesantes. La Corte Suprema de California falló en el año 1980 el caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*, condenando a varios laboratorios farmacéuticos al pago de una indemnización en proporción de su respectiva cuota de mercado a un grupo de mujeres, entre quienes se encontraba Judith Sindell, cuyo nombre rotuló el caso, que habían sufrido las nocivas consecuencias del consumo del medicamento *Diethylstilbestrol*, conocido masivamente como DES. Se trataba de un estrógeno genérico, aprobado en el año 1947 por la *Food and Drug Administration* (FDA), que era altamente recomendado para la prevención de abortos espontáneos en mujeres embarazadas, y con ese carácter se promocionó y prescribió a millones de mujeres embarazadas hasta el año 1971, data en que la propia FDA decidió su contraindicación, por ineficaz y peligroso para la salud, sobre todo al comprobarse el elevado riesgo de desarrollo de tumores cancerosos que su consumo podría provocar en las hijas de las consumidoras, entre otras patologías².

En el caso *Sindell*, las demandantes efectivamente afectadas por el desarrollo de afecciones cuya relación con el DES estaba médicamente comprobada, habían tomado contacto con el medicamento encontrándose todavía en el vientre de sus madres, quienes lo consumieron precisamente con la finalidad de prevenir cualquier riesgo de aborto. Como la enfermedad tuvo un período de latencia de varios años, a las perjudicadas les resultó imposible determinar qué laboratorio, de entre varios posibles, fue el que fabricó el específico fármaco consumido por

¹ A pesar de tratarse de una idea inicialmente plasmada en una decisión judicial, el germen de la *market share liability* se encuentra en la doctrina. Albert RUDA GONZÁLEZ (“Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado”, en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N° 19, septiembre de 2004, pág. 6) señala como fuente de esta teoría el trabajo “DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability”, de la autora Naomi SHEINER, publicado en *Fordham Law Review*, 1978, págs. 963-1007.

² Una detallada y espeluznante lista de malformaciones y enfermedades derivadas del consumo del DES se encuentra en el trabajo de Albert RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, en *InDret*, www.indret.com, pág. 5, agosto de 2003.

cada una de sus progenitoras. Precisemos también que el DES pertenecía a la clase de medicamentos llamados “genéricos”, es decir, aquellos que se comercializan y conocen por su propio nombre y no por la marca del fabricante, lo que dificultaba aún más esa prueba.

Ante la imposibilidad de determinar con precisión el sujeto pasivo de su acción, las víctimas optaron por demandar a todos los laboratorios que habían producido el DES en la época del embarazo de sus madres y que lo habían comercializado en el área geográfica donde ellas vivían (se calcula que fueron más de 200), solicitando que se acogiera un mecanismo de inversión de carga de la prueba, consistente en que las ofendidas no tuviesen que probar cuál de todos los laboratorios demandados era el fabricante responsable, debido a la imposibilidad de esa prueba, sino que en aquellos recayese el peso de comprobar que no fabricaron ni distribuyeron el genérico en el tiempo y lugar en que fue consumido. El tribunal de primera instancia acogió esta modalidad.

Consecuencia del procedimiento judicial llevado a cabo de acuerdo a las pautas anteriores fue que, en última instancia, la Corte Suprema de California resolvió a favor de las demandantes, estableciendo una regla completamente novedosa hasta ese entonces: todos los laboratorios demandados fueron condenados a pagar una indemnización a favor de las ofendidas, distribuyéndose la parte de cada uno de ellos en proporción a la respectiva cuota de participación que a cada uno de ellos les correspondía en el mercado en la época en que se distribuyó y consumió el producto en cuestión. Se estableció que, una vez demostrada la conexión entre el daño y el producto y, a su vez, la relación de uno y otro con aquellos demandados que fueran titulares de una considerable proporción del mercado de ese producto, la carga de la prueba se trasladaría a cada uno de los demandados, a fin de que demostrasen que no podrían haber fabricado el medicamento que dañó a los demandantes. Si alguno de los demandados no era capaz de acreditar esa circunstancia, su responsabilidad sería proporcional a la cuota de mercado que le correspondiera.

Con posterioridad a este fallo se aplicó esta teoría por la jurisprudencia introduciendo modificaciones a su esencia inicial³, pero como lo afirma una autora, “puede decirse que con ella prácticamente concluye el proceso de búsqueda de una solución al problema de la identificación del responsable”⁴.

1.2. ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA CUOTA DE MERCADO

El caso resuelto a través de la teoría de la *market share liability* no es sino una situación de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, en el que las demandantes, por las peculiares circunstancias en que se fraguó ese daño, fueron incapaces de identificar, entre un abultado número de laboratorios, a aquel que llevó a cabo la comercialización y distribución del DES consumido por sus madres. Al fin y al cabo, las víctimas no eran más que el producto de la concepción residente en el vientre materno a la época de ingesta del fármaco, y en consideración a ese dato no se les puede exigir más. El punto es que, ante semejante obstáculo, la justicia norteamericana no recurrió a sistemas más o menos consolidados en los diversos ordenamientos, como puede serlo la solidaridad⁵, sino

³ Por ejemplo, se habla de la “*risk-modified market share liability theory*” para aludir a una innovación introducida por la Corte de Apelaciones de New Jersey en el año 1987 en el caso *Shackil vs. Lederle Laboratorios*, en que se admitió la reducción proporcional de la responsabilidad de uno de los demandados que logró demostrar su precisa contribución al riesgo de daño causado.

⁴ CILLERO DE CABO, Patricia, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Cívitas, 2000, pág. 131.

⁵ Antes que la Corte Suprema de California decidiera el caso *Sindell*, la posibilidad más cierta de abordar un caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo era la llamada teoría de la responsabilidad alternativa, avanzada por primera vez en el caso *Summers v. Tice*, ya mencionada (*vid. supra*, Capítulo Cuarto, 4), en el cual todos los demandados, aunque actuando independientemente, habían violado una obligación de cuidado hacia el demandante, pero sólo uno de ellos había causado el daño al demandante, y cada demandado tenía que probar que él no había causado el daño al demandante, o bien enfrentar la imputación de una responsabilidad solidaria. Lo que, en otras palabras, podría llamarse responsabilidad colectiva. Esta teoría había sido seguida por algunos tribunales en diversos casos de DES en los cuales los demandantes alegaban negligencia de parte de cada fabricante del producto, pero eran incapaces de identificar a uno específicamente como el causante del daño. ¿Por qué se descartó entonces la aplicación de esta forma de responsabilidad a este caso específico? Se afirma que un problema que presenta la formulación de la responsabilidad alternativa en el caso *Summers v. Tice* es que esta doctrina surgió por casos en los cuales la conducta de los demandados era simultánea y en los cuales se había demandado a todas las partes que hubieran podido causar el mal al demandante. Dado que la conducta de los demandados por DES había sucedido durante varios años y no se había demandado a todos los posibles fabricantes (ya que varios no seguían en el negocio de producción y comercialización del producto), se consideró que la responsabilidad alternativa podría no ser adecuada para la situación del DES. Además, se dijo, dado que en el caso *Summers v. Tice* lo que procede es que se imponga responsabilidad solidaria a todos los que causaron el daño, no sería una forma justa de dividir la responsabilidad entre los fabricantes:

que discurrió una nueva fórmula, que cumple una función doble: por una parte, se trata de un mecanismo de imputación causal, una presunción, a través de la cual vincula el daño con la actividad de los laboratorios demandados; por otra, es una regla de distribución proporcional de la indemnización entre los diversos demandados, asignándole a cada uno la obligación de responder frente a las víctimas, no por el total, como en la responsabilidad colectiva, sino que en función de un novedoso criterio, la participación de cada uno en el mercado en que operan y en el que tienen influencia⁶. La razón de ser de esta división en función de la cuota de mercado se encuentra en que, a mayor participación haya tenido un laboratorio en el mercado del producto, mayor unidades del mismo produjo y, por lo mismo, más importante es el riesgo que ha causado y más altas las posibilidades de haber producido el DES que consumieron las madres de las víctimas. “Dicho en otros términos, lo que los tribunales tuvieron en cuenta fue la participación previsible de todas las empresas demandadas en la producción del daño, en proporción a su contribución al riesgo global que la distribución del medicamento había supuesto”⁷. A la inversa, mientras más baja sea esa participación, menores serán las posibilidades de riesgo creado. Es importante retener esta idea, porque esta teoría no hace responder de forma solidaria a los condenados, sino que de acuerdo a una cuota precisa, de modo tal que si la o las víctimas omiten demandar a alguno de los posibles autores, cada una recibirá un resarcimiento menor al 100% de la posible indemnización⁸.

Dada su condición de presunción de causalidad y distribución de la cuota de indemnización correspondiente a cada demandado, las similitudes entre esta teoría y la responsabilidad colectiva son evidentes. Ambas persiguen la superación de la imposibilidad de prueba de la autoría del daño, a través de la

los demandados que fabricaban poco DES y aquellos que fabricaban mucho serían igualmente responsables y asumirían el resarcimiento de la misma forma. Por lo tanto, se consideró que si no se modificaba, la doctrina *Summers* resultaría insatisfactoria (Nota sin autor, *Harvard Law Review*, volumen 94, 1980-1981, págs. 671 y 672, y MAREE, Pierrine, *Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en Droit Americain*, Paris, 1987, pág. 83).

⁶ Comparte esta idea acerca de la naturaleza dual de la *market share theory*, RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, pág. 10.

⁷ DE ÁNGEL, Ricardo, “Actuación dañosa de los grupos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, pág. 81.

⁸ RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 7.

atribución de responsabilidad a todo el grupo del que forma parte el posible responsable. El análisis parece perder claridad cuando llegamos a la exigencia de cierta unidad en tiempo y espacio respecto de la actividad grupal. Se ha dicho que es una ficción considerar que las empresas productoras de un producto dañoso, como lo fue el DES, coexistieron y actuaron en la misma época de consumo del medicamento, ya que cada empresa entra y sale de su respectivo mercado con independencia de las demás⁹, esto es, persiguiendo fines y realizando actividades por iniciativa propia. Sin embargo, es posible despejar esta aparente diferencia si consideramos a esta exigencia, propia de la responsabilidad colectiva, de forma amplia, concebida como una actividad común entre varias empresas que se dedican a fines similares, especialmente a la fabricación y comercialización de cierto producto en un determinado lugar y en una época precisa, que es precisamente lo que hace la sentencia del caso *Sindell*, al condenar al pago de la indemnización a aquellos laboratorios que fabricaron y pusieron en el mercado unidades de DES en la época y zona geográfica en que fueron consumidas por las, en ese entonces, futuras madres. Es decir, la Corte Suprema de California adoptó un criterio laxo para entender el criterio de la actividad conjunta de los laboratorios, referida ésta a una actividad común de producción y distribución de DES en idéntico momento y ámbito territorial, y no a una actividad concertada y premeditada por parte de aquellos.

Así entendida la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado, parece ser que no existen mayores e importantes diferencias entre ésta y la responsabilidad colectiva, al menos en su naturaleza de presunción causal, ya que el criterio de distribución de la indemnización difiere entre una y otra. Sin embargo, quienes han estudiado con cierto detalle esta teoría afirman que ella debe ser aplicada con los mismos parámetros y a situaciones similares a las que dio lugar el caso *Sindell*. Ello hace necesario desmenuzar cuáles son los requisitos que hicieron aplicable esta teoría en ese paradigmático fallo y delimitar así el radio de acción de la *market share liability*¹⁰.

⁹ RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 14.

¹⁰ En esta materia seguiré el catálogo propuesto por RUDA GONZÁLEZ en “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, págs. 9 a 11, y “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, págs. 6 y ss.

1.- Un primer requisito dice relación con la fungibilidad del producto que causa el daño. No se olvide que la teoría por cuota de mercado nace en el contexto de la responsabilidad civil por productos defectuosos, de manera que se trata de daños causados por productos que se encuentran en ese estado. Éstos, se dice, necesariamente deben ser fungibles, lo que se traduce en que todas las unidades del mismo tipo de producto sean capaces de causar la misma clase de daño. Se afirma, asimismo, que si no se cumpliera este requisito, resultaría que no podría demandarse a todo el grupo de posibles fabricantes del producto dañoso, porque se trataría de productos diferentes en su naturaleza y capacidad de producción del daño¹¹. Tratándose del DES, este requisito se cumplía a cabalidad, desde que, al tratarse de un medicamento genérico, resultaba indiferente que se consumiera el medicamento producido por uno u otro laboratorio.

Por esta razón es que la jurisprudencia norteamericana ha rechazado la aplicación de la *market share theory* a daños causados por productos elaborados por un productor indeterminado de un grupo de varios posibles, al tratarse de productos no fungibles cuyo potencial riesgo de causar el daño varía según la clase de producto, como en el caso de las armas de fuego, el amianto, así como ciertas clases de drogas y vacunas.

2.- Como segunda exigencia, se impone que la imposibilidad de identificar al causante del daño no pueda imputarse a la conducta de la víctima, lo que se traduciría en que no podría aplicarse esta teoría a favor de una víctima que deliberadamente ha omitido probar la identidad del fabricante de un producto dañoso, sabiendo que éste es el responsable, o que muy probablemente lo sea, o bien que es notoriamente insolvente.

Recordemos que desde el punto de vista de la responsabilidad colectiva, este no es un requisito autónomo, ya que en aquella es exigencia la absoluta incapacidad de prueba de la identidad del causante del daño, por lo que se

¹¹ También en este sentido CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final...*, op. cit., pág. 131, nota 179.

sobreentiende que con menor razón tendrá aplicación esa responsabilidad solidaria si es que ha habido ocultamiento de información de parte del ofendido.

3.- La víctima debe demandar a un fabricante del producto que es susceptible de generar el riesgo de sufrimiento del daño que aquella actualmente padece, trasladándose al productor demandado la carga de probar que no comercializó el producto en la época, lugar y circunstancias en que fue consumido por la víctima (o por su madre, en el caso DES)¹². Entonces, es suficiente con que el demandado haya generado el riesgo y por esa sola circunstancia llegará a responder, y no por el daño causado, cosa que es lógica si trabajamos sobre la base de un daño causado por autor no identificado, tal como sucede con la responsabilidad colectiva. Desde ese punto de vista, esta exigencia me parece más un presupuesto de la teoría de cuota de mercado que un requisito de procedencia de la misma, ya que la *market share liability* necesariamente presupone que no es posible identificar al autor dentro de un grupo de varios posibles autores, y que por lo mismo el criterio a seguir es la posibilidad que cualquiera de ellos lo haya provocado con su actividad de riesgo.

4.- A continuación, se exige que la víctima demande a fabricantes que representen una cuota sustancial del mercado respectivo. La idea es que la sentencia condenatoria, si es que se dicta una en ese sentido, condene a productores cuya probabilidad de haber causado el daño sea mayor. Al mismo tiempo, mientras más elevada sea la cuota de mercado del productor, más alta será la indemnización que deberá pagar, al entenderse que es mayor la posibilidad de que haya causado el daño¹³.

¹² La jurisprudencia norteamericana ha resuelto que esta es la única circunstancia de exoneración posible para un laboratorio demandado, el cual no se libera de responsabilidad por ofrecer fundadamente otras alegaciones, tales como que la víctima jamás estuvo expuesta al producto fabricado por aquél o que no formó parte de su producción el tipo de DES específico que produjo el daño.

¹³ RUDA GONZÁLEZ (“Problemas de identificación del daño...”, *op. cit.*, pág. 10) señala que este es uno de los puntos más conflictivos de la *market share theory*. El problema radica en la dificultad de determinar cuál es el parámetro para considerar si la cuota de mercado del productor es lo suficientemente importante como para concluir que su actividad es lo bastante susceptible de generar un riesgo de daño y así seleccionar a quienes se va a demandar. Me parece que lo lógico, dentro de un entendimiento estricto de la teoría, sería considerar a cualquier porcentaje como indiciario de riesgo, porque existiendo el riesgo, por más pequeño que sea, existe la posibilidad de que ese fabricante haya causado el daño. La decisión de si se demanda o no a ese fabricante queda en manos de la víctima.

5.- Un requisito que mira a la naturaleza del producto: debe tener una peligrosidad intrínseca. Esto sucedía con el DES, el que en cualquiera de las formas en que fuese distribuido y comercializado conservaba su capacidad de provocar, a largo plazo, una serie de enfermedades sumamente graves. Cosa que no se podría decir de productos susceptibles de causar daño, no por su utilización normal, sino por un defectuoso manejo de los mismos, como suele suceder con las armas de fuego, que se transformarán en elementos dañinos sólo en la medida que sean erróneamente manipuladas.

6.- En sexto lugar, el producto en cuestión debe provocar “una serie concreta de síntomas o una enfermedad típica”. Me parece importante recalcar que este requisito, exigido en concreto para el caso del DES, se traduce en el campo de los productos defectuosos en que un cierto producto haya causado los mismos daños al o los demandantes, de modo que no exista duda alguna acerca de la relación causal existente entre el daño y el producto defectuoso. Si esta circunstancia es indubitada, como sucedió en el caso *Sindell*, puede invocarse y aplicarse la *market share theory*. No olvidemos que el problema causal con el DES que se resolvió a través de esa teoría, no era entre un producto concreto y el daño, ya que la vinculación entre ambos estaba debidamente comprobada, sino entre el producto y su fabricante¹⁴.

7.- Finalmente, es necesario que el daño se produzca a las hijas de las consumidoras del producto (DES), por conformar ellas el grupo expuesto en forma directa a los efectos perniciosos del medicamento. Para los efectos del caso *Sindell vs. Abbott* la aplicación de esta exigencia fue sumamente rigurosa, por cuanto

¹⁴ De igual forma la legislación española en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, específicamente el actual texto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 139, establece que “el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”, es decir, la prueba exigida por la Ley es del vínculo causal entre daño y producto. En este sentido, *vid.* PARRA LUCÁN, María Ángeles, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Aranzadi, 2002, págs. 1210 y 1211.

fueron excluidos de la sentencia ciertos parientes de la línea de descendientes que también podrían verse afectados por las consecuencias del DES, como los nietos¹⁵.

Precisemos que es válida esta exigencia en la medida que se circunscriba exclusivamente al DES, que fue el medicamento en base al cual se diseñó esta fórmula, y que presenta la excepcional peculiaridad de afectar preponderantemente a las hijas de las consumidoras. Pero no hay duda que si queremos aplicar esta misma teoría a daños causados por un miembro no identificado de un grupo, no podremos imponer semejante exigencia si el producto en cuestión tiene otras características y causa el daño de una manera diferente. La *market share theory* es una solución concebida para enmendar los daños causados por un producto cuyo fabricante se desconoce y no para aplicarse única y exclusivamente a cierto producto, que actúe nocivamente en las víctimas de un modo concreto y uniforme, como ocurre con el DES. Es, reitero, un requisito privativo para la aplicación de la teoría de la cuota de mercado a este medicamento.

Los siete requisitos recién mencionados constituyen las exigencias que impuso la jurisprudencia norteamericana para configurar la teoría de responsabilidad por cuota de mercado en el caso DES. Si queremos plantearla de manera general, aplicable a supuestos que están más allá de los daños por ese producto en concreto, podemos resumirlos en los siguientes¹⁶:

- El daño debe producirse por un producto considerado defectuoso, elaborado de forma idéntica por todos los demandados.
- Imposibilidad de parte de la víctima de identificar al productor causante concreto del daño.

¹⁵ Esto porque, en opinión de RUDA GONZÁLEZ, se evitó gravar de forma excesiva a la industria farmacéutica, con los consiguientes perjuicios económicos que implicaría indemnizar también a la tercera generación (“Problemas de identificación del causante...”, *op. cit.*, pág. 11).

¹⁶ DE MIGUEL, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Cívitas, 2000, pág. 333, y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, pág. 587, nota 281.

- Que todos los productores demandados representen una parte importante del mercado del producto en cuestión.

Configurada de esta manera la *market share theory*, con todos sus requisitos de procedencia establecidos de antemano, es posible intentar su aplicación a un caso concreto de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, presumiendo la causalidad entre estos y el daño causado por el producto que alguno de ellos ha fabricado. A los integrantes de este grupo corresponderá la obligación de demostrar que no han tenido participación alguna en la fabricación del producto cuestionado, de modo que si no pueden hacerlo la consecuencia de esta presunción será que los demandados serán condenados a pagar una indemnización a la o las víctimas, que será equivalente a la proporción o cuota que cada uno de ellos tenga en el mercado en que desarrollan su actividad. Si la participación de uno de los condenados corresponde al 30% del total del mercado, por ejemplo, la porción de indemnización que deberá pagar será equivalente a ese mismo porcentaje de la suma total.

La teoría de responsabilidad por cuota de mercado tiene una razón de ser idéntica a la de la responsabilidad colectiva. Su inspiración se encuentra en la injusticia que subyace en la negativa de indemnización a la víctima de un daño que no puede probar quien fue el autor cuando éste se encuentra oculto entre varios sujetos a quienes se podría acusar por ese daño¹⁷. Para eludir este problema, recurre esta teoría a la aplicación de una presunción de causalidad que permita imputar el daño a todos los integrantes de ese grupo de posibles autores, unidos por ciertas circunstancias que constituyen la base o indicio de tal presunción. Así, la *market share theory* cumple las mismas dos finalidades de la responsabilidad colectiva: presume la autoría de un daño, imputándosele al grupo, y distribuye la

¹⁷ RUDA GONZÁLEZ (“La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, pág. 5) relata que, en el caso *Sindell vs. Abbott*, el largo tiempo transcurrido entre la distribución y consumo del DES, más de 20 años, había hecho prescribir las acciones de responsabilidad civil, y el Estado de California, en una medida absolutamente excepcional, dispuso medidas destinadas a hacer renacer tales acciones a través de una ley especialmente dictada para este caso. No me caben dudas que la naturaleza y circunstancias del suceso llevaron a la adopción de una medida semejante, bajo la motivación de evitar consecuencias manifiestamente injustas, del mismo modo que se hizo posteriormente a través de la *market share theory*.

indemnización a pagar (aunque de una forma distinta). Vistas así las cosas, y tomando en cuenta que los efectos para el ofendido serán los mismos como consecuencia de la aplicación de una u otra solución, los beneficios de la teoría de responsabilidad por cuota de mercado están a la vista: salva las dificultades probatorias para el demandante y le asegura certeza en cuanto al monto que puede reclamar a cada demandado¹⁸.

La principal diferencia entre una y otra fórmula se encuentra en la forma en que los miembros del grupo deben pagar la indemnización, es decir, en la forma en que se obligan los demandados frente a la víctima. Mientras la responsabilidad colectiva establece la solidaridad como mecanismo de pago de la indemnización, la *market share theory* recurre a una idea novedosa: la asignación de la cuota de indemnización a pagar por cada demandado en función de la cuota que a cada uno corresponde en el mercado en que participa, de modo que cada codeudor responde por la mayor o menor posibilidad de riesgo que presenta de haber comercializado y fabricado el producto que provoca el daño y no por la totalidad del resarcimiento¹⁹. Agreguemos que en el caso *Sindell* el no pago de la cuota respectiva por uno de los demandados disminuía el total recibido por las víctimas, sin que pudiera ser pagada por los otros responsables²⁰.

¹⁸ Además de incentivar a los fabricantes a tomar mayores resguardos en la fabricación de sus productos y motivarlos a unirse en caso de litigios de esta naturaleza para generar fondos de indemnización de las víctimas, asegurando de esa forma acuerdos más racionales (MARÉE, *Nouveaux développements...*, *op. cit.*, pág. 84).

¹⁹ Es controvertido que pueda aplicarse a esta teoría la acción de regreso que acompaña a la responsabilidad solidaria. En opinión de RUDA GONZÁLEZ (“La responsabilidad por cuota de mercado...”, *op. cit.*, pág. 19), esta posibilidad es dudosa, porque la acción de regreso tiene sentido únicamente en la responsabilidad solidaria, en la que uno de los deudores debe pagar la totalidad de la indemnización, como si fuese el único responsable, para después dirigirse contra el resto de los codeudores por su respectiva cuota, la que puede o no ser equivalente al daño que cada uno ha causado. En cambio, la responsabilidad por cuota de mercado se remite exclusivamente a la posibilidad de daño que cada uno haya causado, según su participación de mercado. Conuerdo con esta apreciación, no sólo por lo que afirma el autor, sino también porque me parece que en esta formulación no se percibe el espíritu que informa la condena solidaria de los miembros del grupo, consistente en proporcionar una garantía a la víctima para la obtención del pago de la indemnización. La teoría de la responsabilidad por cuota de mercado, me parece, se limita a cumplir su doble función de presunción de causalidad y criterio de distribución de la indemnización entre los codeudores.

²⁰ Esta situación se modificó con el fallo de la Corte Suprema de Wisconsin recaído en el caso *Collins vs. Eli Lilly Co*, del año 1984, en el que se resolvió que los demandados responsables debían cubrir la cuota de aquellos que resultasen exonerados, logrando con ello que la víctima obtuviera el pago íntegro de la indemnización.

1.3. LA *MARKET SHARE LIABILITY* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Ante la afirmación de que la responsabilidad por cuota de mercado constituye una interesante alternativa a la responsabilidad colectiva como solución para casos de daños causados por un integrante indeterminado de un grupo, el problema más interesante que surge se refiere a la posibilidad de implementarla como mecanismo útil para solucionar esta clase de daños en el ordenamiento jurídico español. Desde la perspectiva de la legislación está claro que no se trata de una fórmula adoptada por cuerpo legal alguno en España y menos lo ha hecho la jurisprudencia²¹. De modo que el análisis se circunscribe al ámbito de la doctrina y al pensamiento de los autores acerca de una idea más próxima a sistemas jurídicos integrantes del *Common Law* que al sistema romanista que inspira los ordenamientos europeos continentales.

No han faltado autores que con más o menos reservas han manifestado su apoyo a la posibilidad de aplicar la *market share liability* en España. MARÍN LÓPEZ²², moviéndose en el campo de la responsabilidad civil por productos defectuosos, que es el que naturalmente corresponde a esta teoría, afirma categóricamente que “no hay ningún obstáculo insalvable de carácter material para establecer para establecer una responsabilidad con arreglo al criterio de la *market share liability*...que permita resolver aquellos casos de imposibilidad de identificación del fabricante o del importador que ha puesto en el mercado un concreto producto defectuoso causante de daños, si bien se encuentra identificado el

²¹ Lo que si le ha correspondido a tribunales españoles es pronunciarse respecto de un caso motivado por el consumo del medicamento DES. Me refiero a la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2002, la cual resolvió en contra de la actora, quien interpuso la respectiva demanda a causa de la muerte de su hija, la que falleció, supuestamente, a causa del consumo por parte de la demandante de un medicamento compuesto por el mencionado químico durante el período de gestación de la víctima. Cabe señalar que la acción no se interpuso en contra del laboratorio productor del producto, sino en contra de la Administración sanitaria, y que el motivo que tuvo en vista la Audiencia para descartar la petición fue que el estado de los conocimientos científicos en España al momento de suministrarle el fármaco a la actora (1971) no permitía conocer sus efectos perniciosos.

²² MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Tecnos, 2001, págs. 100 y ss.

grupo al que pertenece dicho fabricante o importador”²³. Incluso compara la situación de hecho en que se basa la *market share liability* con aquella regulada en el artículo 33.5 de la Ley de Caza y con la corriente jurisprudencial favorable a la aplicación de la responsabilidad solidaria a estos casos, como sucede en la STS de 8 de febrero de 1983, lo que constituiría un verdadero precedente para la resolución de supuestos de esta clase. Claro que la idea que plantea el autor es que, como consecuencia de esa aplicación analógica, la responsabilidad que tendría que caer sobre los demandados debería ser solidaria²⁴, de modo que la víctima pueda demandar a uno o a todos los posibles responsables²⁵.

Luego de hacer un breve estudio de los pro y contra de la teoría, DE ÁNGEL²⁶ llega a la conclusión que la responsabilidad solidaria es la forma más adecuada para enfrentar los problemas del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Las conclusiones a las que arriba son favorables a la responsabilidad colectiva, y esboza en su trabajo muchas de las opiniones que se han reproducido, pero la verdad es que no hace una manifestación explícita de su rechazo de la teoría de participación en el mercado en beneficio de la solidaridad²⁷. Mucho más drásticos y analíticos resultan ser aquellos autores que rechazan abiertamente esta solución. Así, CAVANILLAS MÚGICA rebate cualquier posibilidad de aplicación de esta doctrina en España, sugiriendo que la mejor

²³ MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos...*, *op. cit.*, págs. 103 y 104.

²⁴ RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, pág. 14, objeta esta idea por considerar que responsabilidad por cuota de mercado y solidaridad no pueden superponerse, especialmente porque la solidaridad impediría a los fabricantes limitar su responsabilidad a la proporción de su cuota.

²⁵ El autor no lo dice expresamente, pero me imagino que la distribución en función de la cuota de mercado quedaría relegada a las relaciones internas entre los coresponsables, porque de no ser así, estaríamos derechamente ante una forma de responsabilidad colectiva.

²⁶ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, págs. 79 y ss.

²⁷ De hecho, y a pesar de sus aprehensiones, también DE ÁNGEL ve cierto asidero a la aplicación de la responsabilidad del grupo en función de sus cuotas de participación. Al igual que MARÍN LÓPEZ, recurre a la analogía, esta vez con sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación del artículo 1591 del Código civil, en virtud del cual se han impuesto condenas a los varios partícipes en la construcción de un edificio en proporción al beneficio que han obtenido o podido obtener por sus respectivas actividades en la obra. Claro que en estos casos la responsabilidad de los miembros del grupo (de fabricantes o importadores) debería ser solidaria, de acuerdo con la línea jurisprudencial española en materia de ilícitos comunes realizados mediante coautoría o en casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, por lo que la cuota correspondiente a cada uno de esos fabricantes o importadores solamente tendría relevancia en las relaciones internas que existen entre ellos y que operan al momento de ser ejercidas las acciones con las que se persiga el reembolso de las cantidades pagadas (“Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, págs. 90 y 91).

solución frente a esta clase daños sea “ese <uso alternativo> de la teoría de la causalidad adecuada que es posible identificar en nuestra jurisprudencia civil y que consiste en considerar que la adecuación no es requisito añadido a la eficiencia causal..., sino indicio de la misma que permite asignar al demandado la carga de la prueba de la falta de nexo causal efectivo”²⁸.

Más expresivo y drástico en su visión negativa de esta teoría se manifiesta RUDA GONZÁLEZ, para quien la eventual aplicación en España de la *market share liability* no sería menos que un grave error²⁹. En los trabajos que ha dedicado a esta materia, y que se han citado en estas páginas, el autor hace un pormenorizado análisis de los defectos técnicos de que adolece esta elaboración jurisprudencial y de las perniciosas consecuencias que ha provocado en el sistema de responsabilidad civil norteamericano, consecuencias que, en su opinión, podrían verificarse en el ordenamiento español en caso de su hipotética acogida. La extensa visión crítica de este tratadista³⁰ puede sintetizarse, en lo más relevante a efectos de este estudio, de la siguiente manera:

1.- Una primera observación que le merece a RUDA GONZÁLEZ dice relación con el sistema jurídico en que la responsabilidad por cuota de mercado nace y aquel en que se le pretende aplicar. No olvidemos que esta forma de responsabilidad surge en los Estados Unidos como creación de la jurisprudencia y porque ésta tiene un rol fundador de Derecho que no se observa de la misma manera en un sistema de origen romanista como lo es el español. Por otra parte, es sabido que el transplante de fórmulas jurídicas de un sistema a otro sin más puede llevar a resultados aún más negativos que aquellos que se pretende superar.

²⁸ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, N° 5, enero-marzo de 1995, pág. 42.

²⁹ Sin perjuicio del expreso reconocimiento que hace respecto de la gravedad de las consecuencias que ha acarreado el uso de productos como el DES y de las serias dificultades probatorias que han debido enfrentar las víctimas de los mismos (RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado...”, *op. cit.*, pág. 12).

³⁰ Un completo desarrollo de los postulados de RUDA GONZÁLEZ se encuentra en sus trabajos “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, págs. 11 y ss., y “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

2.- Otro poderoso motivo de rechazo para nuestro comentarista es que el problema de la indeterminación del causante de un daño en el ámbito de la responsabilidad civil por productos defectuosos ya tiene solución en el ordenamiento jurídico español, y no precisamente según los criterios de la responsabilidad por cuota de mercado. En efecto, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su actual artículo 138.2, establece que si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, en la medida que no identifique a aquel dentro de cierto plazo.

Sin embargo, es necesario precisar que sobre este punto la doctrina se inclina, al parecer en forma mayoritaria³¹, por considerar que dicho precepto, originalmente contenido en el artículo 4.3 de la Ley 22/1994, no es aplicable a casos en que se conoce el grupo de fabricantes que produjo el producto dañoso, pero no se sabe cuál en concreto, sino a supuestos en que no se puede identificar al fabricante o importador, pero porque no figura su identidad en el producto o porque éste se comercializó sin marca³². De modo que existe un vacío en la regulación de los daños por productos defectuosos de esta naturaleza que debe ser resuelto, ya sea denegando la acción de la víctima que no prueba relación de causalidad alguna entre daño y fabricante del producto, o bien acudiendo a alguna solución que condene a los integrantes del conjunto de productores en forma solidaria o por su cuota de mercado. Más adelante formularé mi opinión al respecto, pero insisto en que el argumento que propone RUDA GONZÁLEZ es vulnerable, tomando en cuenta especialmente la voz de la doctrina dominante en esta materia.

3.- Descarta también el autor la posibilidad de implementar en España la responsabilidad por cuota de mercado en base al artículo 33.5 de la Ley de Caza que, como sabemos, condena solidariamente a los integrantes de una partida de caza por los daños que uno de sus integrantes, cuya identidad se desconoce, haya causado, por cuanto se trata de una norma de carácter especial, contenida en una Ley especial y que es aplicable a un supuesto específico y que por lo mismo no puede ser

³¹ Por todos, DE ÁNGEL, "Actuación dañosa de los grupos", *op. cit.*, pág. 80.

³² Se tratará este tema con más detalle (*Vid.* Capítulo Octavo, 3.2).

aplicado analógicamente. Este argumento ya es suficientemente conocido. Pero, agrega el autor, es también incompatible el precepto con la teoría porque el primero encierra una hipótesis que incluye normalmente a pocos individuos, por ser pocos los integrantes de una partida de caza, en tanto que la segunda abarca a mucho productores. Así, la responsabilidad por cuota de mercado no cumpliría la exigencia de la Ley de Caza³³ de constituir la actuación del grupo un acontecimiento unitario.

La verdad es que este argumento me parece muy difícil de sostener. En primer lugar, la Ley de Caza no establece limitaciones cuantitativas de ningún tipo en la composición de las partidas de caza, de modo que un grupo de cazadores muy numeroso podría perfectamente quedar bajo el alcance del artículo 33.5 de la Ley si se dan los requisitos para ello. No se visualizan impedimentos en ese sentido. A la inversa, tampoco creo que sea indispensable un grupo de fabricantes desmesuradamente numeroso para llegar a aplicar la *market share liability*. La opción por una u otra solución dependerá del cumplimiento de los respectivos requisitos y condiciones que las hacen aplicables y no por la concurrencia de cierto número de posibles responsables, lo que, por cierto, no es requisito de ninguna de ellas.

Por otro lado, ya he manifestado mi opinión favorable a una comprensión amplia de la idea de “acontecimiento unitario”, o “unidad espacio temporal”, como me he referido a la exigencia de toda forma de responsabilidad solidaria de un grupo. Si se entiende esta pieza constitutiva de modo que el acontecimiento dañoso se produzca de manera tal que no existan dudas que el grupo de individuos está involucrado en la creación de la situación de riesgo que, en definitiva, provoca que uno de ellos, no identificado, cause el daño, lo cierto es que puede estimarse que esa situación se ha generado en un contexto de tiempo y espacio unitario.

³³ Y de la responsabilidad colectiva, agrego por mi parte.

Así, no me parece que sean atendibles los razonamientos encaminados a rechazar una aplicación de la responsabilidad por cuota de mercado en base a argumentos numéricos o cuantitativos.

4.- Además de las anteriores argumentaciones críticas que RUDA GONZÁLEZ expresa respecto de la *market share liability*, y que podríamos entender como circunscritas a la imposibilidad de trasplantar esta fórmula de responsabilidad a España, el autor postula otras que la atacan como solución eficaz al problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo. Quizás, la más importante de todas ellas es la concerniente a la dificultad que debe enfrentar la víctima al momento de demostrar cuál ha sido la cuota de participación en el mercado de cada uno de los demandados³⁴, tarea especialmente complicada si se toma en cuenta que la imposibilidad de determinar al responsable proviene de daños que, como en el caso DES, se manifiestan después de un tiempo prolongado. Además, muchas empresas entran y salen de sus respectivos mercados y éstos también pueden ser muy diversos, abarcando ámbitos meramente locales como regionales, nacionales, europeos o incluso mundiales. Eventos como las transformaciones societarias también pueden tener efectos decisivos en la participación en los mercados, especialmente cuando implican la desaparición de alguno de los actores que intervienen en ellos. En fin, la participación en el mercado por parte de los demandados será distinta si se evalúa al momento de comercializarse el producto o cuando se revelan los daños³⁵.

Finalmente, RUDA GONZÁLEZ acude al análisis económico del derecho para demostrar la inconveniencia de la *market share liability*³⁶. Además de las observaciones que pueden encontrarse en el párrafo anterior, especialmente la relativa a la frecuente entrada y salida de empresas de los mercados o de los

³⁴ Sobre este mecanismo de asignación de los porcentajes de responsabilidad también se ha pronunciado críticamente Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, pág. 293 a 295.

³⁵ Todas estas observaciones las formula, además, Joan SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y la hepatitis*, Cívitas, 2002, pág. 211.

³⁶ RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, págs. 16 y ss.

desaparecimientos de las mismas, el autor critica esta forma de responsabilidad porque “favorece un sistema donde las personas responden sin saber exactamente si han hecho algo «mal», por el simple hecho de estar en el mercado”. Sin embargo, el autor parece olvidar que en los sistemas de responsabilidad objetiva es perfectamente posible que los individuos se vean obligados a responder por daños sin que hayan incurrido en negligencia alguna, porque así lo disponga la ley o porque han desarrollado alguna actividad que envuelve cierto grado de riesgo, que llega a concretarse, cosa que, en cierto modo, es lo que sucede en los casos de responsabilidad por cuota de mercado.

Además, prosigue este comentarista, la dificultad agregada que significa la discusión de la cuota de mercado que le corresponde a cada demandado implica una dilatación y encarecimiento de los procedimientos, con un elevado gasto de dinero que podría ser reconducido a otros fines. Por último, y siempre a la luz del análisis económico, cuestiona el excesivo peso que presta la responsabilidad por cuota de mercado a la idea de protección de la víctima, dejando de lado las consecuencias nocivas que pueden derivarse de la aplicación de esta teoría³⁷.

En conclusión, estas son algunas de las observaciones que RUDA GONZÁLEZ formula respecto de la responsabilidad por cuota de mercado en sus trabajos sobre el tema³⁸, quizás los más completos que pueden encontrarse en la literatura española. Este conjunto de comentarios y críticas del autor, manifiesto opositor a esta teoría y a su aplicación en España³⁹, tienen por objeto ilustrar las

³⁷ Incluso el autor menciona cierta opinión según la cual la *market share liability* incentiva a los demandantes a no identificar al causante, seguramente para obtener mayores beneficios (RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 17).

³⁸ No son las últimas críticas que se han lanzado en contra de esta teoría. MARÉE (*Nouveaux développements...*, *op. cit.*, pág. 85) relata que la aplicación de la *market share liability* al caso Sindell fue duramente criticada por los sectores empresariales norteamericanos, quienes sostuvieron su carácter inconstitucional, por condenar a toda una industria, compuesta por centenares de miembros, por el daño causado por sólo uno de ellos, o incluso un tercero extraño a ese conjunto. Además, se sostuvo en su momento que la teoría constituía un atentado al principio de igualdad ante la ley, ya que ella condenaba a los fabricantes según su riqueza y no según su conducta.

³⁹ De todos modos, algún comentario favorable parece merecerle a este autor la *market share liability*. Así, afirma que la admisibilidad de esta teoría puede ser el primer paso hacia otras fórmulas de responsabilidad exclusivamente proporcional, en que el factor determinante sea la probabilidad de que un sujeto haya causado un daño, existan uno o varios demandados (RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 9).

inconveniencias de un sistema que, en su opinión, es extremadamente ineficiente y riesgoso, al punto de estar en franco declive en su propio país de origen, Estados Unidos⁴⁰. Desde mi punto de vista, estos planteamientos constituyen una adecuada plataforma para iniciar mi propio análisis de lo que significa esta teoría y de la pertinencia de su introducción en el ordenamiento jurídico español, cosa que, es importante decirlo, no ha sucedido hasta la fecha, ni en la jurisprudencia ni en cuerpo legal alguno.

Ya hemos dicho que el problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo, en cualquier ámbito que se produzca, plantea un importante dilema, que se traduce en dejar a la víctima sin reparación alguna bajo el argumento de que no ha podido precisar el necesario vínculo de causalidad, o bien encontrar una solución en la condena de individuos que han formado parte de un grupo al que pertenece el autor, pero que no son responsables de la misma manera que éste. La responsabilidad colectiva y la responsabilidad por cuota de mercado optan por este último camino, lo que necesariamente supone adoptar una posición a favor del principio de protección de la víctima y de la reparación del daño, y ya hemos explicado que desde esa perspectiva los beneficios de ambos sistemas son innegables. Pero también es posible observar en ellos deficiencias técnicas y ciertas consecuencias negativas, siendo la más importante de todas, sin duda, la posibilidad de condenar a quien efectivamente no ha causado materialmente el daño. Así, estas fórmulas y cualquiera otra que condene a varias personas respecto de las cuales no existe certeza en cuanto a su autoría, presentan este denominador común. Desde este punto de vista, siempre va a ser posible atacar a la responsabilidad por cuota de mercado, porque siempre va a significar la condena de un productor que no fabricó el producto exacto que causó el daño a la víctima, con todas las consecuencias negativas que ello le acarreará.

En mi opinión, esta situación se desequilibra a favor de la responsabilidad por cuota de mercado por las mismas razones por las que he defendido la responsabilidad colectiva. La nobleza de la fórmula radica en su

⁴⁰ RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 19.

intención de proteger a la víctima frente a las dificultades de prueba a los que debe enfrentarse⁴¹ y cumplir las finalidades de resarcimiento del Derecho de daños, más allá de sus defectos. Por supuesto que es posible aceptar restricciones en su aplicación, tal como lo he planteado respecto de la responsabilidad solidaria del grupo, pero ello no la desmerece como solución válida al problema. Además, varias de los reparos que se le pueden formular en primera instancia son susceptibles de revisión, como lo he hecho respecto de algunas de ellas al analizarlas en particular, o de cuestionamiento de su pertenencia⁴².

En base a lo anterior es que me atrevo a sostener que la *market share liability* constituye una forma adecuada de resolver el problema de los daños causados por productos defectuosos fabricados por un productor indeterminado, en la medida que se cumplan los requisitos necesarios para que ella opere. De hecho, su aplicación ha sido propuesta en el marco de la Unión Europea por el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas⁴³, a fin de que se considere por sus integrantes como mecanismo de solución de casos en que es imposible la prueba de la identidad del productor cuando el producto sea fabricado por varias empresas, ya que en esos casos la víctima, aunque pueda acreditar el defecto del producto en cuestión, el daño y la relación causal, no podrá comprobar la identidad del autor y su pretensión no logrará el resultado perseguido. Se trata entonces de una doctrina que ha tenido una acogida que permite asegurar que sus beneficios son mayores que sus riesgos.

Sin embargo, la discusión acerca de esta forma de responsabilidad no se agota en sus virtudes o defectos, en su capacidad o incapacidad para resolver el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, cosa que me parece resuelta a favor de la primera

⁴¹ Además de tener que enfrentar, normalmente, a empresas que cuentan con enormes recursos económicos, como lo reconoce el mismo RUDA GONZÁLEZ (“Problemas de identificación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 11).

⁴² Como sucede con las críticas provenientes del análisis económico del derecho, el que si bien siempre será un interesante punto de vista, debe ser tomado con cierta distancia, por sus postulados a veces contrapuestos con los del Derecho Común europeo continental.

⁴³ *La responsabilidad civil por productos defectuosos*, Bruselas, 1999, COM (1999) 396 final, pág. 20.

opción. Es también importante determinar si es posible, pertinente y oportuno recurrir a la responsabilidad por cuota de mercado como forma de solución de ese daño en España y, de ser afirmativa la respuesta, en qué circunstancias y bajo qué condiciones.

Para iniciar esta parte del análisis haré mía la reflexión que frente a este mismo dilema lanzó Patricia CILLERO DE CABO. Para esta autora, quien hace un análisis de esta materia en el campo de la responsabilidad del suministrador final por daños causados por productos defectuosos, antes de recurrir a esta o a otras teorías, lo más recomendable sería intentar encontrar una solución en la propia normativa del ordenamiento jurídico español. Me parece que este razonamiento debe ser el núcleo en torno al cual debe girar la búsqueda de una solución satisfactoria: para sostener la aplicabilidad de la *market share liability* en el sistema español es necesario desentrañar primero si ello corresponde a una necesidad legal, por no existir algún texto de esa naturaleza que se ocupe de los daños causados por miembro indeterminado de un grupo en el campo de la responsabilidad civil por productos defectuosos, o porque, de hacerlo, la respuesta ofrecida por ese texto legal es insatisfactoria. “Por eso, en primer lugar, cabe plantear si el perjudicado podría invocar la aplicación del artículo 4.3 de la Ley 22/1994, es decir, si debería responder el suministrador...al no poder ser identificado el fabricante del producto”⁴⁴. La referencia a este artículo⁴⁵, recordemos, se debe a que en él se consagra la responsabilidad del suministrador final del producto cuando no es posible identificar al productor (o importador, según el caso). En apariencia, esta norma resolvería el problema de la no identificación del fabricante del producto defectuoso, imputando la responsabilidad al suministrador del mismo, a menos que éste identifique a ese fabricante dentro de cierto plazo. Sin embargo, como ya dije más arriba y como profundizaré más adelante⁴⁶, la mayoría de la doctrina española se inclina por considerar que este precepto no se aplica a situaciones de daños causados por el integrante no precisado de un grupo, en que se sabe quienes son los

⁴⁴ CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador final...*, *op. cit.*, pág. 132.

⁴⁵ La referencia a la Ley 22/1994 debe entenderse hecha al contemporáneo artículo 138.2, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴⁶ *Vid.* Capítulo Octavo, 3.2.

fabricantes del producto, pero no cuál es el concreto productor, sino a hipótesis en que el desconocimiento del fabricante es absoluto, porque no etiquetó el producto o por otra razón similar. Es la contraposición entre una “incertidumbre relativa” frente a una “incertidumbre absoluta”, siendo esta última la que englobaría la disposición en estudio⁴⁷.

Al no quedar comprendida la figura de daño que nos interesa en el precepto aludido, surge la necesidad de recurrir a vías de solución no contempladas por la Ley, es decir, la responsabilidad solidaria o incluso la responsabilidad por cuota de mercado, que llenen ese vacío legal. En otros términos, esta sería la gran ocasión de introducir en el ordenamiento español esta teoría, propia del ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos y susceptible de aplicarse a casos como el que nos ocupa. Sin embargo, los antecedentes que el mismo ordenamiento nos proporciona llevan las cosas por otro camino, el de la solidaridad. Obliga a pensar de esta manera la forma en que la doctrina y la jurisprudencia, en forma cada vez más consolidada, resuelven los casos de ilícitos cometidos por una pluralidad de autores, lo que se confirma en el propio texto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: su artículo 132 señala expresamente que “las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente”; y también por la cada vez más profunda aceptación que tiene la responsabilidad solidaria como mecanismo de solución de los daños causados por miembro indeterminado de un grupo en España. Es decir, la responsabilidad solidaria constituye a estas alturas la regla general a que recurren la doctrina, la jurisprudencia y, en forma cada vez más numerosa, la legislación, como forma de resarcimiento para daños en que se ven involucrados varios individuos, ya sea como coautores o como creadores de una situación de riesgo que se materializa por sólo uno de ellos⁴⁸. Frente a este panorama, la responsabilidad por cuota de mercado, que no tiene consagración jurisprudencial ni legal alguna, no sólo en España, sino tampoco en ningún otro país europeo, y que proviene de un sistema

⁴⁷ En un sentido similar, MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, *op. cit.*, págs. 102 y 103. Rechaza esta idea RUDA GONZÁLEZ, “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, pág. 14, por basarse en una distinción que no hace la entonces vigente Ley 22/1994.

⁴⁸ Sin dejar de mencionar que el Código civil no proporciona una base de apoyo para la introducción de esta teoría en base a alguna de sus disposiciones.

distinto al europeo continental como lo es el *Common Law*, tiene menos posibilidades de tener acogida como solución de una clase de daño que ya parece haber encontrado su propio mecanismo de reparación en la responsabilidad solidaria.

Atendidas las razones expuestas, mi parecer se inclina por descartar la responsabilidad por cuota de mercado, no por considerarla una forma inhábil de encarar el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, ni por estimar anticipadamente que ella provocaría más perjuicios que ventajas, sino por una razón diferente: el fuerte arraigo que históricamente ha tenido la solidaridad en la doctrina y jurisprudencia española, así como en la legislación, cuando se trata de imponer responsabilidades a grupos de individuos por su autoría en daños comunes o en aquellos en que el autor no es identificado⁴⁹. Ya conocemos la tradicional discusión respecto de la procedencia de la mancomunidad o la solidaridad en el ámbito de los daños causados por varios agentes, donde la moderna tendencia parece ser la aplicación de la responsabilidad solidaria en caso de no conocerse el grado de participación de cada uno de los autores del ilícito, así como la importante inclinación de autores y tribunales hacia la solidaridad de todos los integrantes del grupo al que pertenece el anónimo autor del daño. En este escenario, parece que la *market share liability* no tiene cabida frente a una clase de responsabilidad que es aplicada en todos los ámbitos y que forma parte de toda una tradición de categorías obligacionales, proveniente desde lo más clásico del Derecho Romano⁵⁰. Se trata de un antecedente demasiado fuerte contra el que luchar y que difícilmente será dejado de lado para dar cabida a una fórmula que, con sus propios matices, cumple una finalidad similar a la de la responsabilidad solidaria.

En conclusión, la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado debería descartarse en el ordenamiento jurídico español, no tanto por sus eventuales defectos técnicos o por sus posibles consecuencias no deseadas, o incluso por su origen extraño a nuestro sistema, sino porque el sistema español,

⁴⁹ En un sentido parecido, DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, págs. 90 y 91, y RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de determinación del causante del daño...”, *op. cit.*, págs. 19 y 20.

⁵⁰ Se puede consultar sobre este tema, CRISTÓBAL MONTES, Angel, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1985, N° 569, págs. 1197 y ss.

especialmente el de responsabilidad civil por productos defectuosos, ya ha previsto la responsabilidad solidaria como solución al problema de los daños causados por varios autores, así como los causados por el integrante no identificado de un grupo, a través de todo un sistema que abarca a la doctrina científica y jurisprudencial y a los textos legales.

En todo caso, de llegar a decidirse la implementación de la responsabilidad por cuota de mercado, sería importante acoger las valiosas observaciones que se han hecho a esta teoría a lo largo de su vida, especialmente aquellas que miran a la precisión del momento en que debe determinarse la cuota de mercado de cada uno de los demandados y el rol de la solidaridad en el diseño final de la fórmula⁵¹.

1.4. POLLUTION SHARE LIABILITY

Se ha postulado por alguna doctrina que la *market share liability theory* podría trasladarse al ámbito de los daños causados al medio ambiente por el miembro indeterminado de un grupo, dando lugar a la teoría que ya se ha bautizado como *pollution share liability*⁵². Este planteamiento consiste básicamente en que en aquellos casos en que no es posible determinar quién es el responsable de un determinado daño ambiental, de entre varios posibles responsables, se le imputará una cuota de la respectiva indemnización en función del volumen de emisiones causantes del daño que corresponda a cada uno de ellos⁵³, es decir, en base a su “cuota de polución”, la que a su vez debe ser determinada sobre datos o cálculos extraídos del volumen de su respectiva actividad⁵⁴.

⁵¹ Mi opinión en este punto se inclina por la aplicación pura de la *market share liability*, haciendo responder a los demandados por su respectiva cuota, tanto frente al demandante como en las relaciones internas. De lo contrario, se desvirtuaría el sistema con la introducción de un elemento propio de la responsabilidad colectiva.

⁵² Así, por ejemplo, POZZO, Bárbara, “La responsabilitá per dan all’ambiente in Germania”, *Rivista di Diritto Civile*, septiembre-octubre de 1991, pág. 608.

⁵³ DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Cívitas, 1995, págs. 51 y 52.

⁵⁴ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, pág. 85, nota 54.

Al igual que acontece con la teoría de responsabilidad por cuota de mercado en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, a esta idea se le atribuyen virtudes y defectos. Respecto a las primeras, baste con reiterar lo dicho respecto de la *market share liability*. En cuanto a los segundos, citemos a RUDA GONZÁLEZ, quien, además de los comentarios vertidos a propósito de esta teoría en relación a los productos defectuosos, se encarga de manifestar su opinión sobre la misma, pero respecto de los daños al medio ambiente⁵⁵. En coherencia con su pensamiento, rechaza la aplicación de esta creación a los daños ambientales: en primer lugar, su primera objeción apunta a las dudas que existen en torno a la forma de atribuir la cuota de responsabilidad a cada persona que contamina, especialmente porque el riesgo de contaminación no depende sólo del volumen de emisiones contaminantes, sino también de factores tales como la composición química de los mismos o el lugar donde se producen; en segundo lugar, porque no parece lógico suponer que las empresas actúan bajo una política de concierto, sino más bien que cada una actúa en forma independiente de las otras; a continuación, rechaza la aplicación de esta clase de responsabilidad a los casos de lluvia ácida, porque la lluvia no es una cosa fungible y porque no resulta aplicable el artículo 33.5 de la Ley de Caza, que se aplica únicamente a los daños a las personas, en tanto que esta clase de lluvia daña fundamentalmente a las cosas⁵⁶; finaliza observando que esta teoría sólo puede aplicarse a daños que se han producido después de un largo período de latencia y no tendría sentido recurrir a ella si los daños ambientales se manifiestan de inmediato, porque en un caso como ese la identificación del autor no debería ser complicada⁵⁷.

⁵⁵ RUDA GONZÁLEZ, “Problemas de determinación del causante del daño...”, *op. cit.*, pág. 13, y “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *op. cit.*, pág. 17 y ss.

⁵⁶ Claro que esta objeción solamente podría considerarse atendible frente a la posibilidad de aplicar esta teoría en el ordenamiento jurídico español, pero no parece tener mayor asidero para atacar a la *pollution share liability* en sí.

⁵⁷ La verdad es que esta crítica no tiene mayor asidero. La *pollution share liability*, al igual que su antecedente inmediato, la *market share liability*, y que la responsabilidad colectiva, se aplican cuando no es posible identificar al autor material de un daño de entre una pluralidad de posibles causantes. El hecho de que haya transcurrido mucho tiempo desde la acción de los demandados quizás dificulte esa identificación, pero no es requisito de ninguna de esas formas de responsabilidad, las que se pueden configurar perfectamente respecto de daños de manifestación inmediata.

A una conclusión parecida llega VILLA⁵⁸, quien duda que la *market share liability* sea aplicable en el campo del medio ambiente. Sobre todo porque la responsabilidad por cuota de mercado en materia de productos defectuosos requiere una condición que no siempre va a concurrir en esta clase de daños, cual es que el producto que causa el daño sea siempre defectuoso, y que lo sea de igual modo para cada productor. Lo anterior, llevado a hipótesis de daños al medio ambiente, significa que cada uno de los responsables de las emanaciones contaminantes ha utilizado exactamente la misma tecnología, ya que, de no considerarse así, podría darse la injusticia de condenar a una cuota mayor de indemnización a una empresa con gran participación en el mercado, pero que utiliza tecnología avanzada y más limpia, y asignar una cuota más baja a una empresa pequeña, de baja participación, pero que emplea recursos tecnológicos de calidad inferior y, por lo mismo, más contaminante que la primera.

2. INSTRUMENTOS PROBATORIOS ESPECIALES

Las dificultades probatorias a que se puede ver expuesta la víctima en su afán de acreditar las exigencias de la responsabilidad civil, han popularizado, especialmente entre la judicatura, ciertos instrumentos de prueba cuyo objetivo es, precisamente, socorrer al ofendido y facilitarle la carga probatoria de los requisitos de su pretensión indemnizatoria. Entre estos mecanismos de prueba destacan nítidamente la regla *res ipsa loquitur*, elaborada y predominante en el *Common Law*; la prueba *prima facie*, del Derecho alemán; y la figura de la culpa virtual o *faute virtuelle*, desarrollada en Francia.

Se ha propuesto por MÚRTULA llegar a la solución del problema del daño causado por el miembro anónimo de un grupo a través de la regla *res ipsa loquitur*⁵⁹. Como es sabido, esta teoría, proveniente del *Common Law*, “autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba

⁵⁸ VILLA, Gianroberto, “Nexo di causalità e responsabilità civile per dan all’ambiente”, en *Per una riforma della responsabilità civile per danno all’ambiente*, Giuffrè Editore, 1994, págs. 115 y 116.

⁵⁹ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, pág. 188 y ss.

de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida”⁶⁰.

Esta interesante figura ha sido objeto de un dedicado y profuso estudio en los últimos años, sobre todo por autores de la órbita del Derecho anglosajón, como ya se dijo. También es sabido a estas alturas que el principal campo de aplicación de la regla en comento ha sido la responsabilidad civil médica, donde se ha buscado facilitar la prueba de la culpa del facultativo a la víctima, dándola por supuesta cuando los hechos de la causa demuestran en forma indubitada que la negligencia no puede sino haber existido, a la luz del resultado concreto. Así, “cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escasa o nula prueba requiere la culpa”⁶¹.

En doctrina se suele analizar las características y la procedencia de esta fórmula a propósito de las negligencias médicas, por supuesto, y en conjunto con otras figuras que tienen una finalidad idéntica y rasgos distintivos similares: la prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis* o prueba por apariencia⁶²) y la *faute virtuelle*⁶³. La primera, desarrollada especialmente por el Derecho alemán, consiste “en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia. Viene a ser la versión alemana e italiana de la regla angloamericana del *res ipsa loquitur*. La

⁶⁰ GÓMEZ POMAR, Fernando, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en *InDret*, N° 1, 2001, pág. 14.

⁶¹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000, págs. 309 y 310. Nos dice este autor que los requisitos de procedencia de la máxima *res ipsa loquitur* son los siguientes: el hecho evidente o probado debe encontrarse entre los que normalmente no ocurren sin negligencia; este hecho no puede tratarse simplemente del resultado adverso, sino que la negligencia debe ser, en lo posible, la única causa del mismo; el profesional al que se le imputa la responsabilidad debe tener el control del paciente y del instrumental; y, finalmente, no debe existir contribución causal o culposa por parte del paciente o de un tercero. También sobre esta materia, Mariano ALONSO PÉREZ, “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis””, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000, pág. 47 y ss.

⁶² ALONSO PÉREZ, “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis””, *op. cit.*, pág. 48.

⁶³ También conocidas como integrantes de la llamada “teoría del daño desproporcionado”.

conclusión o convencimiento, a diferencia de la prueba de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia”⁶⁴.

En tanto, la *faute virtuelle*, o culpa virtual, de creación francesa, “se limita a deducir la negligencia de la anormalidad resultado. Lo que en realidad, además de aproximarnos nuevamente a la regla *res ipsa loquitur* y sin dejar de ser también una presunción judicial, no hace sino mezclar o confundir culpa con causalidad: se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, o sea, el daño”⁶⁵.

En cuanto a la naturaleza de la máxima *res ipsa loquitur*, así como la de las otras figuras comentadas, digamos que ellas suelen ser vistas por los autores como un conjunto de dispositivos encaminados a corregir las reglas probatorias generales, lo que las transforma en verdaderas presunciones judiciales cualificadas, en la medida que llevan al sentenciador a la convicción subjetiva de que la culpa (o la causalidad) se ha verificado⁶⁶.

En sentido contrario, un autor dedicado intensamente al tema como lo es DÍAZ-REGAÑÓN, rechaza lo anteriormente dicho, aduciendo que en realidad estos mecanismos no constituyen otra cosa que meras aplicaciones de la prueba de presunciones⁶⁷. En otra vereda, aunque sin rechazar completamente la opinión de este autor, LLAMAS POMBO⁶⁸ sostiene que en realidad estas herramientas son parte integrante de un fenómeno más complejo y amplio, conocido como “la distribución dinámica de la prueba”, esto es, la repartición de la carga de la

⁶⁴ LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *op. cit.*, págs. 311 y 312.

⁶⁵ LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 312. ALONSO PÉREZ, (“La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”), *op. cit.*, pág. 49), expresa que la *faute virtuelle* no es un concepto nuevo: Justiniano ya había incluido la impericia médica entre las conductas culposas (Inst. 4,3,6).

⁶⁶ En este sentido, Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, 2004, págs. 450 y 451.

⁶⁷ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 1996, pág. 412.

⁶⁸ LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 313. En el mismo sentido, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, 2003, pág. 74 y ss.

prueba en forma tal que se obligue a aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en las mejores condiciones posibles para hacerlo.

Ahora bien, la jurisprudencia paulatinamente ha ido acogiendo los principios inspiradores de la regla *res ipsa loquitur*, precisamente a propósito de daños derivados de negligencias médicas. Por ejemplo, la STS de 14 de mayo de 2001 (465/2001), a propósito de las lesiones sufridas por una infante durante el nacimiento, declaró lo siguiente: *“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala...estableciendo con carácter general que en el ejercicio de la medicina no puede exigirse al profesional de la misma obligación de obtener un resultado de recuperación del enfermo, porque aquélla no es una ciencia de garantía de resultados dado que el riesgo, en un mayor o menor porcentaje según el caso, no suele ser ajeno, siquiera esto no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, en cuyo caso la desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma y al no haber la objetivación de culpa, aquí corre a cargo del que la alega probar la culpabilidad del médico, la desmesura ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponersele como norma desde el título profesional que se le ha otorgado previa demostración de conocimientos, de la actualización permanente de estos con asentamiento en la experiencia propia y en el progreso de la ciencia cuya vulneración no puede quedar redimida por la instrucción que del acto se proporcione al paciente ni por el consentimiento que este preste a su práctica porque ni una ni otra alcanzan a ese ortodoxo no hacer”*.

Asimismo, la sentencia de 19 de julio de 2001 (780/2001) reúne varios de los conceptos mencionados más arriba (resultado desproporcionado, presunción, *res ipsa loquitur*), cuando dispone que *“cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente”*.

Como sabemos que la doctrina y la jurisprudencia acogen la regla *res ipsa loquitur*, al menos en lo que se refiere a su campo de aplicación original, la responsabilidad civil médica, es necesario desentrañar si es posible tener en cuenta como posible camino de solución para el daño causado por un miembro indeterminado de un grupo. En principio, la regla en comento constituye una atractiva forma de solución a nuestro problema, cuya formulación concreta, de ser llevada adelante, debería ser la siguiente: si un daño es causado por un individuo no identificado, pero que integra un grupo determinado, o lo que es lo mismo, si ese daño pudo haber sido por cualquiera de los componentes de ese grupo, y las circunstancias de comisión del daño no dejan lugar a dudas, o al menos las minimizan hasta donde sea posible, que el autor del perjuicio efectivamente integra ese colectivo, la víctima debería obtener el resarcimiento sin necesidad de prueba de la causalidad ni de la negligencia en la realización de la conducta de peligro.

Lo anteriormente expresado necesita de un par de precisiones. En primer término, ya se ha dicho que el brocardo *res ipsa loquitur*, (y por extensión, la prueba *prima facie* y la culpa virtual -que, aplicada a la relación de causalidad, se conoce como *causalité virtuelle*⁶⁹-), estudiado y aplicado en España a propósito de la situación de los daños causados negligentemente por los médicos en el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, me parece que sería necesario llegar a un nivel de consolidación más generalizado de esta máxima y sus consecuencias en otros campos de la responsabilidad extracontractual y a propósito de formas de producción de los daños tales como el que motiva este trabajo para justificar la responsabilidad colectiva con base en ella.

Por otra parte, recordemos que lo que normalmente se busca con esta regla es encontrar una solución al problema de la prueba de la negligencia de los médicos y no necesariamente al de la causalidad material, que es el gran problema que subyace en la responsabilidad colectiva⁷⁰. Si bien es cierto que la

⁶⁹ LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 447 y ss.

⁷⁰ Es justo señalar que el Tribunal Supremo también ha dado por acreditada la causalidad, al mismo tiempo que la culpa, mediante esta máxima. Así, la STS de 18 de diciembre de 2002 (Ar. 2003, 914),

doctrina no parece negarse a que también se utilice como herramienta de comprobación del vínculo causal⁷¹, sería interesante que la jurisprudencia también se pronunciase más categóricamente al respecto, lo que, de todos modos, es un fenómeno cada vez más perceptible⁷².

De todos modos, si entendemos que la responsabilidad colectiva es una fórmula que, como lo he propuesto, constituye una presunción de causalidad física, y tomando en consideración que varios autores no conciben a la regla *res ipsa loquitur* de un modo muy distinto que a la prueba de presunciones⁷³, es posible concluir que es una solución más bien subsidiaria a la mentada presunción de causalidad, si es que ella se acepta como parte de la estructura de la responsabilidad solidaria del grupo⁷⁴.

comentada en detalle por DÍAZ-REGAÑÓN (“Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria”, *InDret*, 1/2004, págs. 23 a 25), resolvió, a propósito de un caso de negligencia médica, lo siguiente: “*Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (<res ipsa loquitur>) y hay clara apariencia de prueba (Anscheinsbeweis) de la culpa, culpa virtual (<faute virtuelle>) que si no consta la negligencia de médicos concretos, si aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización, pues, aunque no consta que la paciente padeciera ninguna cardiopatía congénita o morfológica con anterioridad a la intervención quirúrgica, que hubiera alertado a los médicos dependientes del Instituto Nacional de Salud, lo que no cabe duda es que no se agotaron todos los medios e instrumentos disponibles del Centro Hospitalario para indagar sobre la posible existencia de dicho padecimiento pues, si bien es cierto que las cardiopatías congénitas o morfológicas no son detectables en todos los casos mediante la utilización de un ecocardiograma, no cabe duda que en algunos casos sí se detectan los indiciados padecimientos mediante la utilización de dicho instrumento, por lo que al no haberlo empleado, disponiendo de él en el Servicio de Cardiología, es evidente que es imposible saber si se hubiera detectado algún padecimiento cardíaco y, en su caso, actuar en consecuencia*”. Entonces, se observa que la prueba de la causalidad se logra al relacionar el comportamiento omisivo de la entidad sanitaria, la no utilización del ecocardiógrafo, con las lesiones sufridas por la víctima, todas circunstancias evidentes a la luz de los antecedentes del caso.

⁷¹ LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, *op. cit.*, pág. 309, y LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 431 y ss., por ejemplo.

⁷² Ejemplos de esta tendencia son las SSTS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 7238), 24 de noviembre de 2005 (7069/2005), 5 de enero de 2007 (1377/2007), 16 de abril de 2007 (417/2007), 7 de mayo de 2007 (554/2007) y 23 de mayo de 2007 (546/2007).

⁷³ Los ya citados DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, *op. cit.*, pág. 412, LLAMAS, *op. cit.*, pág. 311, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, *op. cit.*, pág. 75, y LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 431.

⁷⁴ No obstante, es menester señalar que la doctrina y la jurisprudencia del *Common Law*, sistema donde ha nacido y se ha desarrollado la regla *res ipsa loquitur*, considera en forma mayoritaria y tradicional que este principio tiene como finalidad exclusiva facilitar en los procesos por

3. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

Una posibilidad de solución del daño de autoría indeterminada la constituye la atribución de responsabilidad a las personas o entidades que, de acuerdo al artículo 1903 del Código civil, deben responder por el hecho de aquellos que se encuentran bajo su dependencia. Así, cabe examinar si es posible aplicar las reglas de esta disposición a aquellos casos en que, de entre varios dependientes que pueden haber causado el daño, no se sepa cuál ha sido, aplicándose en consecuencia la responsabilidad a alguno de los sujetos pasivos que indica el precepto.

Como es sabido, el artículo 1903⁷⁵ del Código civil consagra un régimen de responsabilidad extracontractual por un hecho ajeno, de una tercera persona⁷⁶, a diferencia del artículo 1902, que lo hace por los hechos propios.

Reiterando mi intención de no entrar en análisis innecesariamente exhaustivos de materias que no constituyen el tema central de este

responsabilidad civil la prueba de la negligencia, sin que las reglas sobre comprobación de la relación de causalidad se vean alcanzadas por su aplicación, así como tampoco el nexo de imputación objetiva. Sin embargo, se ha sostenido que la propia naturaleza de esta regla impide aceptar este planteamiento, porque parece evidente que ella también es útil para acreditar la relación causal, lo que ha sido aceptado por cierta doctrina anglosajona, aunque de modo más infrecuente que la jurisprudencia, que parece más permeable a esta idea (LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria...*, *op. cit.*, pág. 432 y ss.).

⁷⁵ “Art. 1903: La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

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.

⁷⁶ La regulación del Código civil debe complementarse con lo dispuesto por el artículo 120 del Código penal, que también se refiere a hipótesis de responsabilidad civil por hecho ajeno, pero de carácter subsidiaria, ya que sólo opera en caso de insolvencia del criminal y civilmente responsable. Asimismo, los artículos 118 del mismo cuerpo legal y el 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 establecen reglas de esta naturaleza aplicables a los padres, tutores y guardadores de hecho.

trabajo⁷⁷, paso a hacer una presentación esquemática y general de las principales características de esta forma de responsabilidad, antes de examinar por qué puede ser empleada como solución al daño de autoría anónima.

En primer lugar, el fundamento de la responsabilidad por hecho de otro se encuentra en una relación de dependencia que se observa entre el causante del daño y la persona o entidad que deberá, en definitiva, responder. Por lo tanto, esta clase de responsabilidad no nace para quien la soporta por el hecho de un tercero cualquiera, sino por aquél con quien se encuentra especialmente vinculado por dicha relación de dependencia. Aquellos que pueden verse afectados por esta responsabilidad por el hecho de quienes se encuentran bajo su dependencia son los padres y tutores, los empresarios, y los centros de enseñanza no superior.

En segundo lugar, recordemos que la responsabilidad del artículo 1903 es directa del sujeto a la que se impone. Por lo tanto, aunque el hecho dañoso sea de autoría del hijo menor de edad o de un empleado, la acción de resarcimiento se dirigirá directamente y no en forma subsidiaria en contra del padre o el empresario, según se trate. Claro está que esto último no es obligatorio: la víctima podría perfectamente dirigir su acción también en contra del dependiente, caso en el cual la eventual sentencia dictada en el litigio recaerá sobre ambos sujetos pasivos y la condena será al pago en forma solidaria de la correspondiente indemnización.

⁷⁷ La doctrina existente sobre la materia es nutrida. Dentro de obras generales recientes podemos mencionar a PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Peña López, Director, Editorial Cálamo, 2004, pág. 145 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, pág. 253 y ss.; GÓMEZ CALLE, Esther, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 424 y ss. La misma autora trata el tema en una obra especial, *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992, al igual que Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, 1995, Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988, y Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001, por mencionar algunas obras, las cuales han sido consultadas en esta materia.

Lo anterior se entiende al añadir que la responsabilidad del artículo 1903, y por ende, de los sujetos pasivos que el precepto indica, se basa en la culpa de la persona incluida en el catálogo del precepto y no en la del autor inmediato del daño. Esa culpa será *in vigilando*, por haber incurrido las personas o entidades respectivas en un descuido de sus deberes de control de la conducta de sus dependientes, o bien *in eligendo*, por verificarse ese descuido en la debida elección de aquellos a quienes se les encomienda llevar a cabo una determinada labor. Pero esta responsabilidad subjetiva no calza exactamente con la figura de la misma naturaleza prevista en el artículo 1902, puesto que el precepto en comento establece un sistema de inversión de la carga de la prueba, la cual corresponde al responsable por el hecho de un tercero, quien deberá acreditar que ha actuado con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el evento dañoso, quedando entonces la víctima eximida del *onus probandi*⁷⁸.

Después de este brevísimo bosquejo acerca de lo que es la responsabilidad por el hecho ajeno y sus principales características en el orden español, es momento de analizar su aplicabilidad al daño causado por el integrante anónimo de un grupo. En primer término, quisiera señalar que mi impresión es que la forma de responsabilidad en estudio será verdaderamente útil para estos efectos si es que todo el grupo al que pertenece el autor está sujeto a una relación de dependencia respecto de la misma persona o entidad empresarial o educativa a la que el artículo 1903 hace responsable. En efecto, sea que el grupo cuestionado en la concreta hipótesis de daño se componga totalmente por una serie de individuos sujetos a relación de dependencia, pero de distintos personas o entes, sea que algunos de esos componentes se encuentren en tal vínculo de dependencia y el resto no, el problema puede y debe ser solventado a través de las reglas de la responsabilidad colectiva. Esto, porque en los supuestos recién mencionados el problema de la indeterminación se mantiene, sólo que se traslada la duda de la

⁷⁸ Los autores que analizan este precepto suelen recalcar que la actual tendencia objetivadora de las reglas sobre responsabilidad extracontractual ha endurecido severamente la aplicación de esta presunción, al punto que hoy en día resulta casi imposible que las personas o instituciones a que puede alcanzar el precepto logren eximirse de responsabilidad, aún cuando concurren a probar su comportamiento diligente. Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 254, y PEÑA LÓPEZ, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno...”, *op. cit.*, pág. 147.

identidad a aquellos de quienes dependen en razón de su situación familiar, laboral o educacional y sobre quienes recaerá definitivamente la carga indemnizatoria.

En otras palabras, por más que se apliquen las reglas del artículo 1903, la existencia de varios titulares activos de la relación de dependencia impide recurrir a este artículo como solución al daño de autor no identificado, porque la indeterminación de éste último persiste. Así, la responsabilidad por hecho ajeno será realmente una solución cuando todos los miembros del grupo dependan por alguna razón de cierta persona o entidad, porque en ese caso la duda acerca de cuál de ellos provocó el daño pasa a ser irrelevante, puesto que, cualquiera de ellos que haya sido, la obligación de responder será del titular del vínculo de dependencia.

Ahora bien, la idea recién desarrollada es consecuencia de la aplicación lógica del precepto a hipótesis que pueden encuadrarse en el supuesto de hecho que este contempla. Sin embargo, es interesante indagar en la jurisprudencia nacional en busca de fallos que apliquen el artículo 1903 de la forma que propuesto más arriba, o que al menos demuestren la intención de prescindir de la identidad de todos los posibles causantes cuando éstos están sujetos a un régimen de dependencia como los previstos en la disposición en comento, por cuanto ello reforzaría lo sostenido más arriba. En ese sentido, existen algunas sentencias que no está de más mencionar.

En primer lugar, en el ámbito de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones, una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1984 (RJ 3792) establece claramente un principio de responsabilidad por el hecho de un dependiente, sin necesidad de conocer la identidad específica del autor material del daño, cuando afirma acerca del artículo 1903 que *“ese precepto requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante material del daño y el empresario demandado, ...aun sin necesidad de precisar la identidad del sujeto físicamente realizador del acto antijurídico y dañoso imputable a la empresa de que se trata...”*.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 16 de abril de 1993 (RJ 5124), que se ocupa de “...un supuesto de falta de diligencia, que si bien clara y patente por concurrir en su producción de los clásicos requisitos que para ello establece la jurisprudencia, aparece en este caso como subjetivamente difusa o personalmente indeterminada, bien que claramente ínsita en el marco operativo de la organización a cuyo cargo y explotación se encontraba el tendido de energía eléctrica en el que el accidente se produjo...”.

Dentro de la misma forma de responsabilidad por hecho ajeno que las anteriores, pero en el campo de las responsabilidades hospitalarias, me parece interesante citar a la STS de 9 de junio de 1998 (RJ 3717), que se pronunció en términos favorables para la parte demandante en un juicio de indemnización por la muerte de una paciente a causa de una aplicación negligente de productos anestésicos. Al momento de fundamentar su decisión, el Supremo expresó que el artículo 1903 “..no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador de una indemnización solidaria...Su aplicación deviente, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas...”.

Lo atractivo de esta resolución no es sólo el hecho de apoyar la aplicación del artículo 1903 a hipótesis en que no sea clara la identidad del responsable material del daño, sino además porque hace una contundente declaración, en el sentido de que no debe rechazarse la pretensión de los afectados por la sola circunstancia de desconocerse la autoría inmediata, ya que esa actitud

beneficia únicamente a grandes organizaciones, en las que participan un número importante de personas que se benefician del anonimato resultante, con el consiguiente perjuicio para las víctimas. La exposición de principios que hace el Tribunal Supremo es, me parece, plenamente aplicable para fundamentar la implementación de la responsabilidad colectiva como solución al daño causado por miembro indeterminado de un grupo, independientemente que se haya manifestado a propósito de la aplicación del artículo 1903, puesto que el sustrato en ambos casos es exactamente el mismo⁷⁹.

En fin, tal como se ha señalado por alguna autora, parece ser que existe una verdadera línea seguida por el Tribunal Supremo en orden a dejar de lado la indeterminación del autor material cuando éste forma parte de un grupo de individuos subordinados a un superior jerárquico⁸⁰. Por mi parte, quisiera agregar que esta línea, especialmente reflejada en las sentencias aquí expuestas, confirma lo dicho más arriba en cuanto a que la responsabilidad por hecho ajeno es útil como forma de solución a los supuestos de daños causados por un miembro no precisado de un colectivo, si es que todos los integrantes que pudieron haberlo causado se encuentran en la misma situación de subordinación. Además, quisiera recordar, casi en forma innecesaria, que, a pesar de su indudable utilidad, estas reglas de responsabilidad sólo son aplicables dentro del estricto marco del artículo 1903, por lo que no es posible proponer su aplicación más allá de esa zona.

Finalmente, digamos que dentro de las hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno que pueden constituir una solución al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, se encuentra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, entendida como una forma especial de esta responsabilidad, establecida y reglamentada al margen del Código civil. Como es sabido, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de

⁷⁹ Otras sentencias del Tribunal Supremo que marchan por el mismo camino que la recién comentada son la de 11 de noviembre de 2002 (RJ 9640), 18 de febrero de 2004 (1072/2004), 15 de noviembre de 2005 (878/2005) y 8 de marzo de 2006 (RJ 1076).

⁸⁰ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 234.

noviembre de 1992, dispone que “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”. Esta responsabilidad, que destaca por su naturaleza directa, por cuanto la Administración responde en primer lugar y no en forma subsidiaria, y objetiva, al ser independiente de las medidas de precaución adoptadas en la prestación del servicio que origina los daños, opera de modo idéntico a las figuras previstas en el artículo 1903, por cuanto la víctima no requiere individualizar al autor material y directo del daño, cuando forme parte de un grupo y se encuentre sujeto a una relación de dependencia respecto de un ente de la Administración, porque la acción podrá dirigirse de inmediato contra ésta y en la medida que esa circunstancia de subordinación sea comprobada por el ofendido, junto con los demás requisitos constitutivos de responsabilidad extracontractual.

Esta idea tuvo aplicación por parte de la jurisprudencia en una sentencia del Tribunal Supremo anterior a la ley 30/1992. La STS de 25 de octubre de 1989 (RJ 6964) resolvió el caso de una demanda interpuesta por la víctima de los disparos dirigidos en su contra por un grupo de policías cuando se encontraba en la desagradable condición de rehén de un grupo de atracadores. La sentencia acogió la condena solidaria del Estado, los policías demandados, la madre de los asaltantes, que resultaron muertos, y los herederos de éstos, fundando su decisión en “...*la imposibilidad de individualizar los respectivos comportamientos, que nace como un requisito colateral a una mecánica de pluralidad de autores o interventores en el hecho dañoso, es evidente que...no es posible pormenorizar el quantum ni el modo como lo hizo cada uno de los miembros de los dos colectivos, el de los malhechores...y, menos aun el de los agentes, por prescripciones de su propia actuación profesional, cuando, como en el caso de autos, actúen en grupo en el desempeño de su función*”.

4. LOS FONDOS DE GARANTÍA

Otra forma especial de afrontar el problema del daño provocado por un causante anónimo, pero en lo que dice exclusiva relación con su resarcimiento, es a través de los fondos de garantía. Son estos fondos un mecanismo de pago de indemnizaciones por daños específicos, que pueden alinearse dentro de los mecanismos de socialización de los riesgos y los daños⁸¹. Por esta vía se logra el financiamiento, aunque sea en forma parcial, de las respectivas indemnizaciones, mediante las contribuciones que al respectivo fondo deben realizar los grupos de eventuales causantes de un daño, por llevar a cabo una actividad de riesgo en forma más o menos habitual⁸²; o por las que hacen los eventuales beneficiarios de las indemnizaciones⁸³.

Como bien ha puesto de relieve MÚRTULA, la finalidad de los fondos de garantía es muy similar a la de los seguros, por cuanto ambas fórmulas pretenden alejar de los perjudicados el costo de ciertos daños para dejarlos a cargo de la comunidad. Pero, como la misma autora expone, “su existencia...no se puede confundir con la coexistencia de un sistema de responsabilidad civil extracontractual aplicable a los supuestos de daños causados por miembro indeterminado de un grupo, en cuanto que tienen finalidades distintas. Los fondos de garantía lo que pretenden en realidad es ayudar a los que están en una situación de necesidad por los efectos de determinados efectos lesivos, que bien son muy frecuentes y de consecuencias dañosas muy graves o bien merecen una especial reacción de solidaridad con las víctimas. Mientras que el sistema de responsabilidad extracontractual cumple una función indemnizatoria del daño por parte del o los sujetos responsables del mismo”⁸⁴.

⁸¹ En este sentido, DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 85, y VINEY, Geneviève, *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J., 1998, pág. 43.

⁸² DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 85 y 86.

⁸³ VINEY, *Traité de Droit Civil...*, op. cit., pág. 43.

⁸⁴ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, op. cit., págs. 337 y 338.

En España se pueden observar algunos ejemplos de fondos de garantía que solventan el pago de una indemnización a favor de los afectados, aún cuando éstos no puedan identificar al causante del daño. El más destacable es el del Consorcio de Compensación de Seguros, creado en 1954, que se financia a través de un sistema mixto, compuesto por aportes estatales y de las empresas aseguradoras, encargándose de cubrir varias clases de daños. En relación a nuestra materia de estudio, me parece relevante mencionar la cobertura de aquellos daños causados en motines y tumultos populares (artículo 6.1 b), del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros), por ser una potencial fuente de daños de la naturaleza que analizamos. De acuerdo a la reglamentación citada, el fondo cubre los daños causados en los bienes y en las personas, del mismo modo que la pérdida de beneficios que se deriven de los riesgos producidos por un motín o tumulto popular. Los daños surgen por la actividad de un grupo encaminada a presionar a las autoridades públicas con el objetivo de obtener ciertas reivindicaciones o bien para alterar el orden público⁸⁵. Si en el desarrollo de actividades grupales de esta índole la víctima sufre un daño contemplado en la normativa, podrá recurrir al fondo, independientemente de la identificación del autor y cumpliendo los demás requisitos previstos⁸⁶.

⁸⁵ Así se desprende de las definiciones que de ambos conceptos ofrece el Real Decreto citado. En su artículo 2.1.j) se dice que es motín “todo movimiento acompañado de violencia dirigido contra la autoridad para obtener satisfacción de ciertas reivindicaciones de orden político, económico o social, siempre que el hecho no tuviese carácter terrorista o fuese considerado tumulto popular”. El artículo 2.1.k), en tanto, señala que tumulto popular es “toda actuación en grupo y con la finalidad de atentar contra la paz pública que produzca una alteración del orden, causando lesiones a las personas o daños a las propiedades, siempre que el hecho no fuese de carácter terrorista o fuese considerado un motín”.

⁸⁶ Otros ejemplos: la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, por la cual el Estado se hace cargo del pago de las indemnizaciones por daños físicos o psicológicos a las víctimas del terrorismo, mediante un mecanismo de subrogación por el cual, una vez pagados los emolumentos, aquél asume las acciones de los últimos, para dirigirse contra los inicialmente obligados al resarcimiento como autores de los delitos. Esta ley se complementa con el RD 288/2003, de 7 de marzo, que aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo. Otro caso es la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que no requiere la prueba del causante, bastando con la acreditación del daño. También encontramos el RD-Ley 9/1993, de 28 de mayo, sobre concesión de ayudas a los afectados por el Virus de la Inmunodeficiencia Adquirida (VIH), a causa de las actuaciones realizadas por el sistema sanitario público. En el mismo ámbito, existe la Ley 14/2002, de 5 de junio, mediante la cual se establecen ayudas sociales a personas afectadas por hemofilia o patologías congénitas similares, que hubiesen desarrollado hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento a través de productos coagulantes en el sector sanitario público.

Se ha dicho que los fondos de garantía presentan ciertos inconvenientes. Así, se ataca especialmente que estos puedan erosionar una de las más importantes funciones de la responsabilidad civil, la labor preventiva. Ello, porque la confianza de los agentes responsables de la producción de riesgos de encontrarse cubiertos por un sistema público de resarcimiento debilita sus precauciones y los hace desarrollar sus actividades de forma más temeraria, constituyendo esta una de las manifestaciones más notorias de la supuesta crisis de la responsabilidad civil⁸⁷. Al mismo tiempo, se enumeran ciertas debilidades que disminuyen su atractivo: se dice que normalmente el establecimiento de fondos queda entregado al arbitrio del legislador, motivado muchas veces en la selección de los daños por razones que exceden lo estrictamente jurídico; que inevitablemente surgen en la vida de los fondos problemas de financiamiento del mismo; que las limitaciones de los fondos son incompatibles con el principio de reparación integral de los daños. En fin, el análisis detallado de tan complejas y diversas aristas del problema es tal que excede, por objetivos y por extensión, los límites de este trabajo⁸⁸.

Sin embargo, se hace necesario resaltar que es innegable que el sistema de fondos se ha desarrollado en forma progresiva hasta transformarse en un mecanismo clave para la indemnización de los llamados riesgos o daños sociales⁸⁹. Sus ventajas consisten en la facilidad que la víctima experimenta para la obtención del resarcimiento: sólo necesita probar la relación de causalidad entre el agente dañoso y su padecimiento; no necesita recurrir a eventualmente costosas pruebas periciales; y la resolución de las reclamaciones es relativamente rápida y expedita⁹⁰. Pero, por sobre todo, el mérito de los fondos de garantía se encuentra en su utilidad social, encaminada a socorrer a las víctimas de siniestros que no pueden aspirar a

⁸⁷ DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 89.

⁸⁸ Un estudio más extenso y pormenorizado: GUÉGAN-LÉCUYER, Anne, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, 2006, pág. 240 y ss.

⁸⁹ VINEY, *Traité de Droit Civil...*, op. cit., pág. 43.

⁹⁰ Así lo ha afirmado DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 88.

indemnizaciones suficientes por las dificultades para obtener el pago de parte de los dañadores, especialmente en los casos de insolvencia de estos últimos⁹¹.

⁹¹ En este sentido, MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, *op. cit.* pág. 338.

CAPÍTULO SÉPTIMO

SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL

SUMARIO: 1. Análisis del artículo 1564 del Código civil y la responsabilidad del arrendatario por el deterioro o pérdida de la cosa arrendada 2. La responsabilidad colectiva por ruina de edificios 2.1. El artículo 1591 del Código civil 2.2. El artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación 2.3. Regulación del Código civil de la responsabilidad extracontractual por ruina de edificios 2.3.1. Régimen de la responsabilidad solidaria de los agentes de la construcción 3. Los artículos 1783 y 1784 del Código civil 3.1. Ideas preliminares 3.2. Aplicación y alcance de los artículos 1783 y 1784 3.3. Naturaleza de la responsabilidad de los hoteleros 3.4. Responsabilidad colectiva en los artículos 1783 y 1784 del Código civil 4. El daño causado por cosas que caen o son arrojadas 4.1. Antecedentes históricos 4.1.1. *Actio de effusis vel deiectis* 4.1.2. *Actio de positis vel suspensis* 4.1.3. Etapa del Derecho intermedio y los proyectos de codificación 4.2. El artículo 1910 del Código civil 4.2.1. Régimen de responsabilidad del artículo 1910 4.2.2. Aplicaciones especiales del artículo 1910 4.2.2.1. Daños causados por filtraciones o caídas de líquidos 4.2.2.2. Daños causados por una cosa arrojada dentro de un recinto cerrado 4.3. Mirada comparativa del artículo 1910 en relación a la responsabilidad colectiva 5. Conclusión

Como ya he dicho en algunos momentos de este trabajo, los hechos que dan lugar a la responsabilidad colectiva pueden ser tantos como sean las actividades, de cualquier clase que ellas sean, que se desarrollen de manera grupal. Desde ese punto de vista, es cosa de hacer volar un poco la imaginación y las hipótesis que acudirán a la mente serán múltiples. Tales situaciones, por su potencial gran número, normalmente se regularían a través de normas que establezcan reglas de carácter general y abstractas. No obstante, esto no sucede en términos generales en el Código civil de España, como ya hemos visto. Sin embargo, ello no obsta a que en este cuerpo legal existan algunas disposiciones especiales encargadas de reglamentar el desarrollo de ciertas materias en las que se puede presentar una hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, aún cuando éste no sea considerado expresamente, pero una aplicación extensiva permita eventualmente hacer llegar ese precepto a esta categoría de daño. Por lo mismo, a continuación me dedicaré a analizar esa preceptiva. Ella está compuesta, en su mayoría, por normativas especiales, ajenas al sistema de responsabilidad extracontractual del Código de 1889, pero no en forma exclusiva, porque también

estudiaremos una norma muy importante para el objeto de nuestro análisis y que regula una situación específica, como lo es el artículo 1910, relativo a cosas que causan un daño al caer o ser arrojadas desde un inmueble.

La importancia de este estudio no se agota en el mero análisis de artículos, porque la búsqueda es, en realidad, más profunda. Lo que verdaderamente persigue una exploración de esta naturaleza es comprobar la existencia de un conjunto de normas en el ordenamiento jurídico español, a partir de las cuales se pueda formular una regla o principio general, en virtud del cual se concluya que en España el sistema de responsabilidad civil admite, en términos generales, la eventual atribución de responsabilidad a una o varias personas, aun cuando la identidad del autor material sea difusa, y de modo especial, la imputación de la deuda indemnizatoria a todo un grupo de personas por el daño causado por uno de ellos, no determinado.

Recordemos que la tesis recién expuesta fue propuesta inicialmente por la jurisprudencia, en la STS de 8 de febrero de 1983, la cual expresaba que la falta de identidad de los responsables de un daño no obsta a la responsabilidad del grupo, puesto que preceptos del Código civil, tales como los artículos 1910, 1564, 1783 y 1784, más el artículo 33.5 de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas, pero pertenecientes a grupos determinados. Asimismo, fue auspiciada y complementada en forma posterior por DÍEZ-PICAZO, quien ha sostenido que en el sistema de responsabilidad extracontractual español existe un conjunto de normas que han adquirido vigencia con posterioridad al artículo 33.5 de la Ley de Caza, tales como el artículo 132 de la actual Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que permiten extraer una regla por la cual se impute una responsabilidad solidaria a todo un conjunto de personas cuando un daño se ha originado en las actividades de ese grupo, a menos que cada uno de ellos se exonere probando a su respecto la inexistencia de un vínculo causal o de una imputación objetiva en relación con él.

Pues bien, mi intención es comprobar que la jurisprudencia y la doctrina se encuentran en lo cierto. Para ello, el contenido de este capítulo se volcará al examen de las disposiciones del Código civil que son mencionadas al momento de fundamentar la existencia de la regla favorable a la aplicación de la responsabilidad colectiva, así como al de alguna disposición ajena al Código, pero íntimamente relacionada con éste, como sucede con el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, inseparablemente vinculado con el artículo 1591 del texto codificado. Con la misma finalidad, el siguiente capítulo de este trabajo repetirá los mismos términos de estudio, esta vez respecto de la legislación especial que conforma esta red de normas a que vengo haciendo alusión.

Por supuesto que el análisis no busca profundizar en cada uno de los posibles problemas que cada tema que se trate pueda presentar, por no ser esa la intención de este trabajo. Por lo tanto, se hará una reseña o comentario general de la regulación que cada cuerpo legal contempla para la materia que regula y de inmediato me abocaré a visualizar como se contiene en ellos el daño causado por el integrante desconocido de un grupo, o cómo podría interpretarse su texto si es que esta forma de daño no está incorporada especialmente.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1564 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO POR EL DETERIORO O PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA

Señala el artículo 1564 del Código civil que “el arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa”. Se trata de una disposición inserta en la sistemática regulatoria del contrato de arrendamiento y complementa al artículo 1563, también relativo a la responsabilidad del arrendatario, el cual establece una presunción de responsabilidad de aquél por toda pérdida o deterioro que tuviese la cosa arrendada, salvo que pruebe que el perjuicio se ha ocasionado sin mediar culpa suya.

La función del artículo en comento es precisar las personas a quienes se extiende esta presunción de responsabilidad, la que alcanza no sólo al arrendatario por sus propios actos, sino también a todas las personas que moran en su casa, sea que se le vinculen por razones de parentesco, matrimonio o dependencia. Asimismo, existe consenso en doctrina¹ y jurisprudencia² en cuanto a que la expresión “personas de su casa” abarca no solamente a los parientes del arrendatario que viven con él, sino que incluye a todos aquellos que se encuentren en su vivienda de forma accidental, como huéspedes, por ejemplo, y a quienes por alguna razón puedan entrar en contacto con la cosa arrendada, como empleados o dependientes del arrendatario. Se trata de una interpretación del texto más amplia de lo que una primera lectura parece ofrecer y que puede llegar a comprender múltiples supuestos de hecho, pero siempre con el común denominador de la responsabilidad del arrendatario por los daños que pueda causar alguna persona de su círculo a la cosa arrendada, sin perjuicio que la identidad de esa persona llegue finalmente a determinarse.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del arrendatario que consagra el artículo 1563, NAVARRO FERNÁNDEZ sostiene que se trata de una responsabilidad basada en un criterio de imputación objetivo o cuasi objetivo, criterio que ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³. Especialmente clara en este sentido es la STS de 9 de noviembre de 1993 (RJ 8973), la cual fundamenta una responsabilidad de este tipo “*no sólo con base en el principio de inversión de la carga de la prueba que, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual y salvo supuestos excepcionales, viene proclamando la actual orientación jurisprudencial de esta sala, en el sentido de que el demandado*

¹ Por todos, BADENAS CARPIO, Juan Manuel, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 1804; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2001, pág. 576; LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1120 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio, “Comentario del artículo 1564 del Código civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Editorial Comares, tomo II, pág. 2788.

² Si bien cierto que no existen muchos fallos pronunciados por el Tribunal Supremo en relación con este artículo, no puede dejar de mencionarse la STS de 11 de enero de 1928 y que sentó la doctrina jurisprudencial sobre este tema.

³ NAVARRO FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2787.

como autor de daño es el que debe acreditar que ha actuado con la diligencia y cuidado que requieren las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto, sino también porque cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado, el artículo 1563 del Código civil, en cuanto responsabiliza al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, viene a establecer una presunción iuris tantum de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso”.

Eso sí, el mismo autor aclara que, a pesar de que la sentencia habla de una presunción de culpabilidad, en realidad lo que se presume es la responsabilidad, ya que se realiza un juicio de responsabilidad *a priori*, en base a la situación posesoria del arrendatario y de sus obligaciones de conservación y restitución de la cosa arrendada⁴.

Es importante señalar que la figura del artículo 1564 del Código civil, a pesar de que puede ser aplicable a situaciones de hecho en que no sea posible saber cuál integrante del círculo personal del arrendatario fue el causante del daño en cuestión, no constituye un caso de responsabilidad colectiva propiamente tal. En realidad, el precepto imputa la responsabilidad al arrendatario por un daño causado por un individuo cuya identidad posiblemente no pueda ser comprobada, pero lo cierto es que la responsabilidad no recae en un grupo completo, sino que afecta a un titular pasivo, el arrendatario. Y la verdad es que a la luz del texto del artículo el dato de la identidad del o los autores materiales es irrelevante. Por lo mismo, me parece que más que constituir una manifestación de esta forma de responsabilidad en el ordenamiento jurídico español, se trata de la aceptación legislativa de una atribución de responsabilidad a una persona por un daño cuyo autor se desconoce⁵.

⁴ NAVARRO FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2787.

⁵ Se trata de una figura distinta a la responsabilidad por hecho ajeno, aunque las similitudes con esa forma de responsabilidad son innegables.

2. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA POR RUINA DE EDIFICIOS

2.1. EL ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL

En su obra *Derecho de daños*⁶, don Luis DÍEZ-PICAZO sostiene que el artículo 1591 del Código civil es un precepto, de varios que se pueden encontrar en el ordenamiento jurídico español, que permiten llegar a concluir que cuando un daño es causado por el miembro indeterminado de un grupo conocido, todos los integrantes de ese grupo responderán en forma solidaria ante el ofendido. O, para ser más específico, el elemento determinante en este sentido son las reglas que la jurisprudencia se encargó de delinear al interpretar esta disposición. Esto por cuanto el artículo 1591⁷, encargado de regular la responsabilidad, frente al comitente de la obra, y los posteriores adquirentes, del contratista y los técnicos que han intervenido en la construcción, ha sido el motivo de creación por parte de los tribunales de todo un conjunto de reglas y directrices para su entendimiento y aplicación⁸. Dentro de ese grupo de reglas diseñadas por la jurisprudencia, se estableció que la responsabilidad por ruina alcanzaba a todos aquellos sujetos que interviniesen en el proceso de edificación (promotores, arquitectos, técnicos, proyectistas, etc.) y que se conocen genéricamente como “agentes de la edificación”. Y además, que la responsabilidad de estos agentes de la edificación era normalmente solidaria, salvo en aquellos casos en que el defecto constructivo se debiera a la intervención exclusiva de alguno de ellos, caso en el cual la responsabilidad se radicaba en el o los autores identificados, o en los que fuera posible precisar el grado

⁶ NAVARRO FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 167: “...si las cosas se observan despacio, no es diversa la situación contemplada por las reglas jurisprudencialmente nacidas al hilo del artículo 1591 CC en materia de responsabilidad sobre ruina, cuando se hace responsables del daño en ruina a los partícipes en el denominado proceso de edificación (facultativo proyectista, facultativo director, contratista, etc.), con la única excepción de la prueba por cada uno de ellos de la inexistencia de la relación de causalidad”.

⁷ Art. 1591: “El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviese lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años”.

⁸ De manera muy clara y sistemática son expuestos por Fernando REGLERO CAMPOS en “Responsabilidad civil en la edificación”, *Lecciones de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002, págs. 345 y 346.

de participación que ha tenido cada uno de esos agentes en la creación del vicio ruinógeno, situación en la que la responsabilidad se concretaba en función de ese porcentaje.

He hecho referencia a esta regla jurisprudencial en pretérito, no porque haya sido desechada o modificada, sino porque ha variado su estatus: la Ley de Ordenación de la Edificación, 38, de 5 de noviembre de 1999, introdujo toda una nueva regulación del proceso de edificación, recogiendo con esa finalidad gran parte de los criterios jurisprudenciales elaborados respecto del artículo 1591 del Código civil a que ya se ha hecho alusión⁹ y derogándolo tácitamente, a través de los artículos 17 y 18¹⁰. A pesar de esto, es perfectamente válido examinar la situación de esta disposición como una eventual manifestación de responsabilidad colectiva¹¹, y

⁹ REGLERO CAMPOS, “Responsabilidad civil en la edificación”, *op. cit.*, pág. 345. Sin embargo, Federico RODRÍGUEZ MORATA (“Comentario del artículo 1591 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 1829) considera que “uno de los aspectos en que se advierte con más claridad que la LOE es una norma surgida para satisfacer los intereses corporativos de los profesionales de la edificación...está...fundamentalmente en haber deslegitimado la interpretación jurisprudencial que del mismo (artículo 1591) había realizado el Tribunal Supremo: sobre todo, la regla por la que el arquitecto director, como ‘supremo responsable’ de la edificación, respondía de todo defecto constructivo con independencia de su origen”.

¹⁰ Esta parece ser la opinión que cuenta con un mayor grado de adhesión, sin llegar a la unanimidad. A ella se suman autores como Pedro FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 15 y 16; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000, pág. 97; RODRÍGUEZ MORATA, “Comentario del artículo 1591 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 1828 y ss.; Pedro GONZÁLEZ POVEDA, “Comentario del artículo 1591 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2000, pág. 629; y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pág. 324. El principal argumento en pro de esta derogación tácita parece encontrarse en la Disposición derogatoria primera, según la cual “quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley”. En otra vereda se encuentran tratadistas que propugnan la derogación parcial del artículo 1591 del Código civil: Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, “Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Editorial Cívitas, 2004, pág. 1213; Ricardo DE ÁNGEL, “Comentario al artículo 1909 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Coordinador, Bosch, 2000, pág. 176; Luis Díez-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 2000, pág. 14, entre varios otros. En opinión de este último, el artículo 1591 se aplicará a todos aquellos casos que no constituyan daños materiales ocasionados en el edificio, que son los que el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación atribuye a los agentes de la edificación. Para esos casos la responsabilidad decenal del artículo 1591 perdurará.

¹¹ En este sentido, además de Díez-PICAZO, Julián LÓPEZ RICHART, *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, 2003, pág. 107.

sobre todo la visión de la doctrina y de la jurisprudencia, ya que el artículo 1591 no se caracteriza por haber tenido una interpretación del todo pacífica.

Como ya se ha dicho, la doctrina y la jurisprudencia sentaron como regla que la responsabilidad decenal que impone el precepto (llamada así en alusión al plazo de garantía de diez años que establece el artículo 1591), es una responsabilidad solidaria que afecta a todos los agentes participantes en el proceso de edificación, en la medida que se desconozca quién es el responsable de la causa de la ruina o no sea posible graduar la intervención de cada uno de tales agentes en la generación del evento dañoso. Por lo mismo, es prioritario aclarar que lo que hace el artículo 1591, párrafo 1º, es consagrar “una responsabilidad privativa, de modo que no atribuye indiscriminadamente los vicios constructivos a todos los que intervienen en la obra, sino que, por el contrario, procede a una diferenciación de estos vicios, imputándolos, en cada caso, según sus causas: de los vicios del proyecto responderá el técnico proyectista, de los vicios de dirección técnica los técnicos directores en sus respectivos ámbitos de responsabilidad, y de los vicios de ejecución material el constructor”¹². Así, siendo conocido el sujeto que intervino en el proceso de edificación y cuyo accionar puede ser detonante del siniestro, la acción se individualizará en aquél. En caso de ser varios los sujetos responsables, la acción se dirigirá contra todos ellos en razón del porcentaje de intervención que ha tenido cada uno, de modo que en ese caso la responsabilidad será mancomunada.

La doctrina jurisprudencial acoge este principio sin vacilaciones importantes, y así la STS de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/337) ha dicho expresamente que “*la solidaridad sólo opera cuando hay pluralidad de responsables y no es posible discernir –individualizar o concretar– las respectivas responsabilidades*”¹³. Esta sentencia constituye la actualización de un principio muy

¹² GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del artículo 1591 del Código Civil y su problemática actual)*, Editorial Bosch, 1993, pág. 133. Lo mismo resalta CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por vicios...”, *op. cit.*, pág. 107.

¹³ La primera sentencia del Tribunal Supremo que reconoce en la responsabilidad decenal una forma de solidaridad es la resolución de 5 de mayo de 1961 (A. 486), siendo el tenor del considerando pertinente el siguiente: “...si bien es cierto que es principio general sentado en el artículo 1137 de nuestro Código Civil que la solidaridad de los deudores cuando sean varios, no se presume y debe

gráficamente descrito en la STS de 22 de noviembre de 1997 (1049/1997), según la cual *“lo más adecuado a derecho e incluso lo más aproximado al ideal de justicia es que se determine la cuota de responsabilidad que corresponde a cada uno de los causantes del daño, y ello exige individualizar y fijar las distintas responsabilidades convergentes...Sucede que en el proceso constructivo no sólo resulta dificultoso, sino imposible en la mayoría de las veces, por lo que la doctrina de esta Sala ha optado por la responsabilidad decenal solidaria que no tiene origen convencional, sino que es creación jurisprudencial...Sólo se aplica, es decir que tiene un objeto y un destino bien concreto, cuando no es posible determinar la proporción, grado o participación que cada uno de los agentes ha tenido en la producción de la ruina, que en este caso se equipara con lo mal hecho...”*.

Más recientemente, la STS de 13 de marzo de 2007 (277/2007) ha seguido por la misma senda, además de reconocer la recepción de la creación del Tribunal Supremo por parte de la Ley de Ordenación y Edificación, declarando que *“la doctrina jurisprudencial...sobre la responsabilidad decenal, en los casos de ruina funcional, ha tenido uno de sus exponentes más significativos, en la llamada responsabilidad solidaria que se establece, entre los demandados condenados, cuando probada su participación y culpabilidad en la producción del resultado dañoso, se muestran incapaces de acreditar sus propias cuotas de responsabilidad, ya sea personal o por grupos, de manera que, como consecuencia del fracaso probatorio de cada uno de los demandados en la fijación de aquélla, el órgano jurisdiccional determina la existencia de una solidaridad entre los responsables, que no tiene, desde luego, carácter originario, y, por tanto, de solidaridad propia,*

pactarse expresamente, no lo es menos que conforme determina el artículo 1138, no se precisa una declaración clara y terminante de la solidaridad, bastando que del contexto de la obligación se deduzca su existencia,...y como quiera que la obligación que ahora se exige no tiene su origen en la convención de las partes, sino que se deriva de un precepto legal, el artículo 1591 tantas veces citado, y su contenido expresa la igualdad de responsabilidades del contratista y del Arquitecto por la ruina de un edificio, según las causas que la originen; es evidente que en el caso que se resuelve en que la ruina fue originada tanto por los defectos del suelo y del cálculo como de la dirección y falta de vigilancia de la obra y también por vicios de construcción y la mala calidad de los materiales empleados, sin que pueda determinarse la proporción en que dichos diversos elementos hayan influido en la realidad de la ruina ocasionada, debe apreciarse que dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que contiene el precepto, con la identidad del origen legal de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación, hace nacer la solidaridad que se deduce del 1591...”.

*sino sobrevenida, “eventum litis”, y designada por dicha razón, como responsabilidad impropia, imperfecta o procesal. Tal doctrina, fue acogida por la Ley de Ordenación de la Edificación, que mantiene los parámetros fundamentales en que aquélla se desenvolvía”*¹⁴.

Por otra parte, es importante resaltar que esta responsabilidad privativa del artículo 1591 del Código civil está establecida en función del vicio que causa la ruina (responde el contratista por vicios en la construcción; el arquitecto lo hace por vicios del suelo o de la dirección del proyecto), de manera que la naturaleza de ese vicio delata a quien ha sido el agente que ha debido velar por que no se produjera. Por lo mismo, la solidaridad entre todos los agentes del proceso solamente nacerá en la medida que no se sepa qué vicio produjo la ruina final del edificio construido y, al contrario, siendo conociendo tal vicio, la responsabilidad recaerá únicamente en aquél profesional que debió vigilar para que no llegara a concretarse.

La forma que la jurisprudencia y la doctrina en general han entendido esta responsabilidad decenal, haciendo que ella se aplique solidariamente a los agentes de la edificación cuando las circunstancias así lo ameriten, nos proporciona una ocasión propicia para analizar el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en el contexto de los daños causados por la ruina de edificios, y tratar de llegar por esa vía a una conclusión similar a la del profesor DÍEZ-PICAZO con la que he iniciado este apartado, y que es favorable a considerar al artículo 1591 como fundamento para la aplicación en el ordenamiento jurídico de la regla de la responsabilidad colectiva, o bien precizarla, o incluso descartarla, si es que no hay bases sólidas a favor de tal argumento.

¹⁴ Otras sentencias que reproducen el pensamiento del Tribunal Supremo son las de 31 de mayo de 2007 (619/2007), 24 de mayo de 2007 (617/2007), 13 de marzo de 2007 (277/2007), 29 de noviembre de 2006 (1263/2006), 8 de mayo de 2006 (447/2006), 24 de noviembre de 2005 (920/2005), 30 de junio de 2005 (561/2005), 8 de noviembre de 2002 (1022/2002), 31 de marzo de 2000 (327/2000), 9 de marzo de 2000 (226/2000), 3 de noviembre de 1999 (6936/1999), 28 de diciembre de 1998 (1124/1998), 8 de junio de 1998 (534/1998), 29 de septiembre de 1997 (809/1997), 22 de marzo de 1997 (234/1997), 24 de septiembre de 1996 (734/1996), entre muchas otras.

La solidaridad del artículo 1591 se aplica a supuestos de pluralidad de agentes de la edificación, sin que exista claridad acerca de cuál es el responsable del evento ruinoso o de la cuota de participación de cada uno en el mismo. Así lo sostienen las sentencias del Tribunal Supremo que hemos citado y así lo entiende la gran mayoría de la doctrina científica. Pero, al respecto, es necesario recordar que el precepto en estudio regula una figura de responsabilidad de estos agentes frente al comitente de la obra, y por lo tanto es una responsabilidad de tipo contractual. Sobre este punto, DÍEZ-PICAZO ha afirmado que “desde el punto de vista jurídico,...las responsabilidades de los agentes intervinientes en el proceso de edificación frente a la persona que era propietaria en el momento en que dicho proceso se inició son generalmente contractuales”¹⁵. De modo que la posibilidad de encontrar un caso de responsabilidad colectiva en la reglamentación del artículo 1591 requiere como precisión previa esta característica, que no se trataría de un caso de responsabilidad extracontractual, que es el ámbito general en el que se desarrolla este estudio, y su consideración tiene por objeto indagar en la sistemática de la responsabilidad civil general del ordenamiento jurídico español, a fin de encontrar disposiciones que puedan fundamentar la adopción de la responsabilidad colectiva.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, págs. 13 y 14. Las dudas que en un momento u otro han surgido acerca de la aplicación de este artículo son múltiples y su estudio detallado excede el propósito de este apartado. Sin embargo, por su interés me parece relevante acotar que ha sido causa de conflicto la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad emanada del artículo 1591. GONZÁLEZ POVEDA ha resumido esta polémica en los siguientes términos: “Es controvertida en la doctrina la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal ex art. 1591. Es minoritaria la tesis sobre su naturaleza extracontractual; defensor de esta tesis es GARCÍA CANTERO que, respecto al contratista, la fundamenta en el deber de no dañar el patrimonio ajeno, en forma directa o indirecta,...; respecto del arquitecto, representa una sanción por incumplimiento de un deber de pericia profesional, consistente en la observancia de las reglas de su arte. En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ quien, ante la conexión existente entre los arts. 1591 y 1909, afirma que la misma exige que la responsabilidad derivada de ambos preceptos sea calificada de manera uniforme y esta calificación no puede ser otra que la de la culpa extracontractual.

Para otros autores la llamada responsabilidad decenal tiene naturaleza legal...La jurisprudencia recaída en torno al párr. 1 del art. 1591 ha proclamado el carácter legal de la responsabilidad de contratistas y arquitectos en caso de ruina por vicios de construcción, o por vicios del suelo o de la dirección, pero sin atribuirle carácter extracontractual cuando la acción se ejercita por personas ligadas por vínculo contractual o por sus causahabientes entre los que se encuentra el adquirente de la propiedad del edificio...

La tesis contractualista es la que goza de mayor predicamento en la doctrina (MANRESA, CASTÁN, PUIG PEÑA, PUIG BRUTAU); DE LA CÁMARA MINGO afirma que con respecto al comitente la responsabilidad es contractual, pues su fuente radica en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del contrato de construcción” (“Comentario del artículo 1591 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 629 y 630).

La siguiente precisión del análisis dice relación con las situaciones de hecho que cubre la idea de solidaridad elaborada, sobre todo por la jurisprudencia, para la responsabilidad decenal. La cuestión pasa por saber si dentro de las posibles hipótesis a las que la solidaridad resulte aplicable en materia de edificación cabe la figura de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, es decir, si se aplica esta regla cuando la ruina es causada por uno de varios agentes que intervienen en el proceso de construcción, sin que se llegue a conocer su identidad.

A primera vista, y desde una perspectiva teórica, no se divisa inconveniente alguno para que la responsabilidad colectiva sea aplicada a una hipótesis como la descrita, por cuanto la fórmula jurisprudencial se circunscribe a los casos en que no es posible conocer la causa del daño o, si ésta es conocida, la cuota de responsabilidad de cada uno de los partícipes en el proceso. Es decir, en todos aquellos casos en que no hay certeza en la autoría del daño, como ocurre en los casos de daños causados por el integrante indeterminado de un grupo. Pero, a pesar de lo fácil que parece llegar a esta conclusión, no está de más examinar algún detalle relacionado con ella.

A propósito de la indeterminación del vicio específico que causa la ruina en una edificación, entre varios posibles, y la consecuente imposibilidad de esclarecer la identidad del responsable de ella, GÓMEZ DE LA ESCALERA se manifiesta partidario de la aplicación de la solidaridad a todos los miembros del equipo encargado del trabajo de edificación, basado en la recepción que esta figura ha tenido en cuerpos legales del ordenamiento jurídico español, como la Ley de Caza, en el Derecho comparado, en fallos del Tribunal Supremo, como la conocida sentencia de 8 de febrero de 1983 y en la doctrina científica¹⁶. Sin embargo, su opinión ofrece ciertos matices, puesto que considera que esta solidaridad, responsabilidad colectiva, no puede tener el mismo fundamento que la solidaridad aplicada en aquellos casos en que lo que se ignora no es el vicio en sí, sino el grado de responsabilidad que pueda caberle a cada técnico participante, en

¹⁶ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, págs. 135 a 137.

que, como ya sabemos, cabe la solidaridad sin dudas. El autor, partiendo de la base de que el artículo 1591 consagra una presunción de causalidad entre el vicio que causa la ruina del edificio y el agente a quien el precepto imputa el defecto, sostiene que la responsabilidad solidaria resulta contraria “al espíritu que el legislador quiso dar a la presunción, y sea incompatible con la división de responsabilidades que la norma expresamente contiene. Admitida la presunción de culpa inserta en el artículo 1591.1, ésta hay que ponerla en relación con la individualización de culpas que el propio precepto señala, por lo que parece que la presunción de culpa sólo jugaría, en principio, cuando esté individualizado el vicio constructivo, de modo que si, por ejemplo, sabemos que la ruina se debió a <vicios de la construcción>, la ley no se limita a imputar estos vicios al constructor sino que, además, *presume* que estos vicios tuvieron su causa en la culpa profesional del mismo. La presunción de culpa requeriría así, tener certeza sobre el autor del vicio, y en consecuencia, no entraría en juego en tanto no se pueda saber la autoría del vicio, lo que ocurrirá cuando no sea posible determinar la clase de vicio constructivo existente, pues, hasta que no sepamos esto no podremos imputárselo a nadie”¹⁷.

En otras palabras, el autor opina que el factor determinante y primero a considerar para aplicar la responsabilidad colectiva en este ámbito no es la identidad de un sujeto específico como posible responsable del vicio, sino precisamente esto último, la existencia de un defecto de construcción, ya que a partir de un vicio preciso el artículo 1591 relaciona un especialista concreto, presumiendo su responsabilidad. Si el vicio es conocido, responde el profesional o técnico previsto por el precepto; si tales defectos son varios, al punto de hacerse imposible el grado de trascendencia que cada uno ha tenido en la ruina final, responderán todos los agentes de construcción involucrados en forma solidaria; y si lo que se desconoce es el vicio o defecto en sí, la responsabilidad solidaria afectará a todos los agentes de la construcción involucrados en el proceso.

¹⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 134.

En apoyo de su tesis, GÓMEZ DE LA ESCALERA, que a lo que yo llamo responsabilidad colectiva él denomina “imputación conjunta”¹⁸, cita la STS de 9 de octubre de 1981 (A 3590), de acuerdo a la cual “...cuando resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado de la obra defectuosa, por desconocer o involucrarse los vicios determinantes de tal irregularidad de modo que hace imposible una específica condena de los mismos, se entiende que, esta responsabilidad lo es solidaria”.

Las indicaciones aportadas por este autor me parecen pertinentes, atendida la ya citada característica del artículo 1591. Localizado el o los defectos de construcción que causan la ruina del edificio, el precepto se encarga de atribuir responsabilidad a quien estaba obligado a velar porque ese defecto no se produjera. De modo que la posible falta de certeza en la identidad del responsable se suple a través de la identificación del vicio, a partir del cual el artículo 1591 presume la responsabilidad del respectivo agente. En consecuencia, la identificación de ese vicio es previa y necesaria para la atribución de responsabilidad a un agente de la construcción. El problema real surge cuando no es posible saber con precisión y seguridad cuál de todos los posibles vicios causó la ruina final, y es ese el momento en que entra en juego la responsabilidad colectiva, al no ser operativo el sistema previsto en el artículo 1591. Desde ese punto de vista, suena apropiado afirmar que la condena solidaria de todo el grupo de agentes de la construcción involucrados soluciona más un problema de daño (ruina) causado por el defecto indeterminado de un conjunto posible de vicios, mas que una hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

Como corolario a este análisis de la responsabilidad colectiva en el ámbito de la responsabilidad por ruina de un edificio regulada por el artículo 1591 del Código civil, sólo queda por hacer las siguientes indicaciones, a fin de aclarar la situación en esta materia:

¹⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 135.

- La doctrina y la jurisprudencia coinciden en aplicar la responsabilidad solidaria en casos de ruina de edificios a varios agentes de la construcción cuando se desconoce la causa de esa ruina o no es posible cuantificar el grado de participación que cada uno de esos agentes ha tenido en el resultado ruinoso, probada la concurrencia de todos a la producción del daño. Si es posible conocer ese porcentaje de intervención, la responsabilidad nacerá en función de esa circunstancia y no de forma solidaria.
- Para conocer el agente de construcción que debe responder por la ruina de un edificio, el artículo 1591 prevé una división de los posibles tipos de defectos que, al concretarse la ruina, hacen nacer la responsabilidad de aquellos a quienes la disposición atribuye responsabilidad por ese vicio. Sólo en caso de ser desconocido ese vicio nace la responsabilidad colectiva de todo el grupo de agentes involucrados en el proceso de edificación.
- Finalmente, precisemos que el artículo 1591, a pesar de admitir la responsabilidad colectiva según los criterios jurisprudenciales ya vistos, es una norma que impone una responsabilidad de tipo contractual, que no forma parte del sistema de responsabilidad extracontractual, que es en el que se desenvuelve este estudio. Sin embargo, coincido con DÍEZ-PICAZO en cuanto a que se trata de un valioso antecedente que aportar para justificar su incorporación al sistema de Derecho de daños español, como elemento integrante de un conjunto de preceptos que admiten expresamente esta clase de responsabilidad, o que merecen una interpretación en ese sentido.

2.2. EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Vista la cuestión de la responsabilidad colectiva por ruina de edificios a la luz del artículo 1591 del Código civil, que es el cuerpo legal que examinamos en esta parte de la investigación, daremos una mirada al tema que nos ocupa en el ámbito del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la que,

como ya es sabido, ha derogado tácitamente el nombrado artículo 1591, y que puede ser considerado su equivalente.

El régimen de responsabilidad contractual¹⁹ previsto en principio por el artículo 17.2 de la Ley es de carácter individual²⁰, esto es, si la responsabilidad puede ser imputada a varios agentes, pero es perfectamente determinable el grado de participación de cada uno de ellos, la responsabilidad será mancomunada. Únicamente cuando esto último no es posible, o no pueda hacerse una imputación a un único individuo, o cuando derechamente no pueda individualizarse la causa de los daños materiales, se aplica la responsabilidad solidaria (artículo 17.3 de la Ley)²¹. Lo fundamental es recalcar que ésta última posibilidad es subsidiaria de aquella, por ser la regla general la responsabilidad personal e individualizada de cada uno de los agentes de la construcción²².

A mi modo de ver, la cuestión de la responsabilidad colectiva en la Ley de Edificación perfectamente puede observarse bajo el mismo prisma utilizado para estudiar el artículo 1591 del Código civil. Así, el primer aspecto a considerar es que el artículo 17 de esta Ley es una consagración legislativa del mentado criterio jurisprudencial relativo a la responsabilidad solidaria de los agentes

¹⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad civil por vicios...”, *op. cit.*, pág. 105; DÍEZ-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, pág. 14.

²⁰ “La responsabilidad será exigible de forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de otras personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder”.

²¹ En opinión de REGLERO CAMPOS “se advierte aquí un error de concepto en la LOE, pues el hecho de que la responsabilidad de los agentes sea solidaria o mancomunada no puede hacerse depender de la circunstancia de que el grado de su participación en el daño esté o no determinado. Si está determinado, a ello habrá de estarse; si no lo está, se aplica la presunción de participación en igual grado por analogía con la presunción de igual participación en la deuda en las relaciones obligatorias con pluralidad de sujetos en su parte pasiva, establecida por el artículo 1138 CC. Estos, por el hecho de que no esté determinada su parte en la deuda, no responden, en principio, de forma solidaria” (“Responsabilidad civil en la edificación”, *op. cit.*, págs. 349 y 350). En el mismo sentido, *vid.* Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Editorial Lex Nova, 2005, pág. 247.

²² La Ley prevé otras situaciones de responsabilidad solidaria: la del promotor con cualquier otro agente que por su parte haya sido condenado en forma individual o solidaria; y la del contratista, en caso de resultar responsable un subcontratado o un suministrador de materiales, si éstos han sido defectuosos; en ambos casos, existe acción de repetición a favor del promotor y del contratista, según sea el caso.

de la construcción, aceptado por la doctrina²³. Desde ese punto de vista, no hay razón para no trasladar los razonamientos sobre solidaridad y responsabilidad colectiva desarrollados a lo largo del apartado anterior, si se considera al precepto como heredero de la referida tradición jurisprudencial. Ello se hace más evidente cuando nos percatamos de la puerta que a esta última abre el artículo 17.3, al indicar que “...cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedarse debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente”²⁴.

A propósito de esta norma, DÍEZ-PICAZO ha hecho una interesante relación entre el precepto del artículo 17.3 de la Ley y la responsabilidad colectiva. Cuando analiza la primera forma de excepción a la responsabilidad individual, relativa a los casos de imposibilidad de individualización de la causa de la ruina, el jurista acertadamente recuerda que se trata de una norma proveniente de la doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad de los agentes de la edificación, la que probablemente “se acuñó tomando en consideración principios de la responsabilidad extracontractual –solidaridad de los causantes de un daño- y, en parte, arrancando de lo que se ha denominado regla de la responsabilidad en los daños ocasionados por los miembros de un grupo. Expresamente, la regla es que hay solidaridad entre los agentes intervinientes, cuando, tras las pruebas, resulta imposible individualizar la causa de los daños o cuando existe una concurrencia de

²³ Opina CABANILLAS SÁNCHEZ que “la solución acogida por la Ley de Ordenación de la Edificación se acomoda a una reiterada doctrina jurisprudencial en torno al derogado artículo 1591 del Código Civil. Se afirma la responsabilidad solidaria del contratista, del promotor, del arquitecto y de los técnicos, cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina” (“La responsabilidad civil por vicios...”, *op. cit.*, págs. 109 y 110). Y según el pensamiento de DÍEZ-PICAZO, “la legalización de la doctrina jurisprudencial parece plausible. Resulta políticamente una buena medida de protección de los perjudicados y tras más de cuarenta años desde su consagración, resultaba muy difícil rechazarla o abolirla, si se puede hablar así” (“Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, pág. 17).

²⁴ No siempre es fácil encontrar los deslindes de la distinción que hace la Ley de Ordenación de la Edificación. Pilar ÁLVAREZ OLALLA afirma que “la primera de ellas quiere decir o bien que se desconoce la causa de los daños, o bien que conociéndose la causa no se puede determinar quién ha sido el agente culpable, si bien los demandados tampoco han conseguido exonerarse. La segunda debe interpretarse en el sentido de que, habiendo sido acreditada la culpabilidad de varios, no se puede determinar en qué medida ha incidido cada una de las conductas en la causación de los daños” (*La responsabilidad por defectos en la edificación*, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 135). Sin duda, la

culpas y resulta imposible determinar la participación de cada uno de los agentes...”²⁵. Así, de lo afirmado por el autor podría llegar a concluirse que la responsabilidad colectiva es fundamento de la responsabilidad de los agentes de la construcción y, a la vez, una regla de aplicación expresa en el ordenamiento civil español, especialmente extracontractual, por ser precisamente ese su origen.

Pero no debe perderse de vista que sólo se trata de una posibilidad abierta. Al igual que sucede con el artículo 1591, no hay en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación una forma de responsabilidad colectiva consagrada expresamente para un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, sino que sólo la posibilidad de llegar a resarcir un daño de esta clase a través de aquella fórmula, si es que se dan los supuestos necesarios para ello, porque la norma se pone en el caso de cualquier hipótesis de imposibilidad de conocimiento de la causa del daño, no exclusivamente en un caso de culpa anónima²⁶. Además, no debe olvidarse que nos estamos moviendo en las aguas de la responsabilidad contractual. Pero todo esto no quita que en el contexto del ordenamiento jurídico el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación constituya un hito a tener en vista si se trata de buscar referentes a favor de esta clase de solución a los daños de autor indeterminado en materia extracontractual.

descripción que hace la autora de la primera causal de solidaridad nos lleva directamente a un daño causado por miembro indeterminado de un grupo.

²⁵ Díez-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, pág. 17.

²⁶ Similar idea informa el pensamiento de LÓPEZ RICHART, quien precisa que “la formulación del art. 17.3, cuando se refiere a la imposibilidad de *individualizar* la causa del daño, podría llevar a pensar que hay solidaridad siempre que la causa no sea una (individual), sino múltiple, lo que supondría elevar a la categoría de regla la responsabilidad solidaria cuando hubiese más de un agente responsable. La refutación de semejante interpretación la encontramos, no obstante, en el propio precepto, porque entonces sería inútil el inciso siguiente relativo a la imposibilidad de precisar el grado de intervención de cada agente en la producción del daño. Parece, por tanto, que la norma está pensando más bien en el supuesto de que no pueda *identificar* el origen del daño y no al caso de que éste no se pueda *individualizar*” (*Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, *op. cit.*, pág. 104). Es decir, la regla de la solidaridad, cuando no sea posible individualizar la causa del daño, se aplicará en todos aquellos casos en que no se conozca el origen de ella, sea que provenga de una causa única, de varias, o de una sola dentro de varias posibles. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, *op. cit.*, 2005, págs. 246 y 247.

2.3. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR RUINA DE EDIFICIOS

Como he venido diciendo, el artículo 1591 del Código civil, relativo a la responsabilidad de los agentes de la edificación por ruina de edificios, ha sido erigido por ciertos autores y por sentencias del Tribunal Supremo²⁷ como un eventual caso de regulación de hipótesis de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, resuelto a través de la condena solidaria de todos los integrantes del conjunto de agentes de la construcción, es decir, a través de lo que también conocemos como responsabilidad colectiva. Lo mismo puede decirse del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que se ha entendido como derogatorio del precepto del Código civil, y que en cierta forma es su continuador.

Sin embargo, se ha dicho también que ambas disposiciones constituyen la reglamentación legislativa de la responsabilidad contractual de los agentes de la construcción y que como tal pueden considerarse como un fundamento legal que amerita ser exhibido a favor de la aceptación de la responsabilidad colectiva en sede extracontractual. Pero no son casos de responsabilidad aquiliana propiamente tal y, por lo mismo, se hace necesario centrarse en los daños causados por la ruina de un edificio, pero esta vez en materia de responsabilidad extracontractual, y examinando para ello los posibles casos de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo en ese sector de la responsabilidad civil.

La responsabilidad extracontractual por daños de esta especie se regula en el Código civil en el artículo 1909 y en el artículo 1907. El artículo 1909 se remite expresamente a este último, al igual que lo hace con el artículo 1908, que no trataré en este apartado por tratarse de daños causados debido a defectos de construcción y no de utilización o explotación de las respectivas instalaciones²⁸.

²⁷ STS de 8 de febrero de 1983 (RJ 867).

²⁸ DE ÁNGEL, “Comentario al artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 172.

El artículo 1909 dice que “si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufre sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal”. Por su parte, el artículo 1907 expresamente señala lo siguiente: “El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias”²⁹.

El artículo 1909 ha sido tradicionalmente estudiado en forma conjunta con el artículo 1591 del Código civil, el cual regula la responsabilidad del contratista y de los técnicos que intervinieron en la construcción en relación al dueño de la obra y desde el punto de vista de los aspectos contractuales de esa responsabilidad, tal como ya se ha dicho más arriba. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/99, de fecha 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, se ha entendido por la doctrina que esta vinculación debe entenderse hecha entre el artículo 1909 del Código y el artículo 17 de esta ley, el cual trata esa materia y que, como sabemos, deroga tácitamente al artículo 1591³⁰.

En consecuencia, las dos normas del Código civil sobre responsabilidad extracontractual por ruina de edificios tienen aplicación cuando ella perjudica a un tercero desvinculado de la relación contractual que pueda existir entre el propietario y los técnicos que son parte del arrendamiento de obra, quienes se encuentran bajo el ámbito de aplicación del artículo 17 de la Ley³¹.

²⁹ Como se desprende del tenor literal de estos artículos, se trata de daños provocados, es decir, de una ruina concretada y no solamente posible. La figura de amenaza de ruina está reglamentada por el Código civil en el artículo 389 en los siguientes términos: “Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.

Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo”.

³⁰ De esa opinión parecen ser DE ÁNGEL, “Comentario al artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 172; Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Rodrigo Bercovitz, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 2134; Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ, *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, Editorial Cívitas, 2002, págs. 197 y ss.

³¹ DíEZ-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

Los conceptos de “edificio” y “ruina” deben ser entendidos en un sentido lato. Así, el primero de estos presupuestos es asimilado a construcción, lo que aglutina una serie de ejemplos posibles: casas, fábricas, almacenes, diques, muros, etc.³² Esta concepción incluye también a las construcciones accesorias y es aplicable tanto a edificaciones completamente nuevas, como a aquellas que hayan sido objeto de algún tipo de refacción o reparación³³.

Lo mismo sucede con el concepto de ruina, que en el artículo 1909 se entiende “no sólo comprensiva de los supuestos de desprendimiento o derrumbe, como se deduce de los artículos 389 y 391 CC, sino también de cualquier otro supuesto susceptible de causar daño a tercero, siempre que se trate de un <vicio o defecto de construcción>...”³⁴. No se incluyen, eso sí, simples daños que puedan ser reparables o que sean accidentales a la construcción y que no puedan alcanzar el grado de destrucción de la ruina.

Esta ruina puede ser de dos especies: por falta de las reparaciones necesarias o por defectos de construcción. Las primeras son todas aquellas que tienen el carácter de indispensables para la existencia y conservación del edificio y que no pueden ser omitidas o demoradas sin grave peligro para éste. Se excluyen todas aquellas que se refieran al mero ornato o decoración o al aumento de la comodidad de ese edificio (reparaciones voluntarias)³⁵.

Las situaciones de ruina por defectos de construcción, en cambio, son, al decir de FEMENÍA LÓPEZ, “todos aquellos supuestos en que la ruina se atribuya a defectos en la colocación, fijación o cimentación de los elementos arquitectónicos de un edificio, defectos imputables a los agentes que intervienen en el proceso constructivo, al no haberse acreditado la causa extraña y eficiente para producir el resultado dañoso, ya sea la defectuosa calidad de los materiales o mano de obra empleada, la inexacta aplicación de las reglas de

³² FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, op. cit., pág. 104.

³³ FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, op. cit., pág. 103.

³⁴ HERBOSA MARTÍNEZ, *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, op. cit., pág. 210.

³⁵ FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, op. cit., págs. 110 y 111.

construcción aplicables al caso o disposiciones administrativas que regulen sus calidades, la utilización de materiales impropios para sostener el peso de otros materiales sobre, juntos o unidos a ellos, la incorrección de controles técnicos de calidad sobre la edificación, el suelo o los materiales, etc.”³⁶. Recalca este autor que debe tratarse de defectos de construcción lo suficientemente graves como para causar la ruina del edificio y que ésta, a su vez, provoque daños a terceros.

La responsabilidad del artículo 1909 afecta al arquitecto o al constructor, según su tenor literal. Sin embargo, la doctrina imperante³⁷ aboga por un entendimiento amplio de los posibles sujetos pasivos del precepto, relacionándolo con el artículo 1908, al cual el artículo 1909 se remite, y que dentro del concepto de arquitecto a quienes se encuentran encargados de llevar adelante el respectivo proyecto o diseño de las cosas que allí se mencionan³⁸. Siendo más preciso, PEÑA LÓPEZ aclara que “aunque el artículo solamente se refiera al arquitecto o constructor, respecto de las obras inmobiliarias hay que entender incluidos como sujetos responsables a todos los que lo sean en la LOE y en el artículo 1591 en relación con las construcciones a las que todavía pueda ser aplicable..., atendiendo asimismo a los criterios de reparto de responsabilidades en función del tipo de defecto o de la obligación incumplida que en tales normas se establecen”³⁹.

Finalmente, se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina científica mayoritaria que la responsabilidad que impone este artículo es subjetiva o por culpa⁴⁰, sobre la base de la omisión de aquella diligencia exigible a quienes

³⁶ FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, *op. cit.*, pág. 118.

³⁷ Por todos, DE ÁNGEL, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 172.

³⁸ Artículo 1908: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

³⁹ PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2135. En el mismo sentido, Díez-PICAZO, “Ley de Edificación y Código civil”, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

⁴⁰ En contra de esta opinión está YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil*, *op. cit.*, pág. 322; y FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, *op. cit.*, pág. 98 y ss., quien apoya la idea de la responsabilidad objetiva basada en que el artículo 1907, relativo a

intervienen en el proceso de edificación⁴¹. Se trata de una responsabilidad subjetiva consagrada a través de una presunción *iuris tantum* de culpa de los responsables, susceptible de ser desvirtuada por la vía de la prueba de diligencia por parte de los presuntos responsables⁴².

2.3.1. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS AGENTES DE LA CONSTRUCCIÓN

Para encarar este apartado debemos distinguir entre las situaciones de responsabilidad que establecen los artículos 1907 y 1909 en forma separada.

El artículo 1907 establece la responsabilidad del propietario del edificio por daños causados a terceros debido a ruina provocada por falta de reparaciones necesarias. Cuando el propietario es uno solo, no existen inconvenientes para determinar al responsable, por cuanto se tratará de un único imputado; en cambio, si existe un régimen de copropiedad, donde hay varios propietarios, la responsabilidad debería alcanzar a todos en forma solidaria⁴³. Al existir una pluralidad de propietarios, sería perfectamente posible, en mi opinión,

daños causados por ruina de edificios debida a falta de reparaciones por parte del dueño, tiene ese carácter. A esto agrega HERBOSA MARTÍNEZ que “no se puede ignorar...la estrecha relación del artículo 1909 con los artículos que le preceden (arts. 1907 y 1908 CC) y con el artículo 1910, dedicados a regular la responsabilidad extracontractual <por los edificios>...Admitido que estos preceptos regulan una responsabilidad por riesgo, sería lógico hacer extensivo este carácter al artículo 1909 CC” (*La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, *op. cit.*, pág. 200). Digamos en todo caso que esta autora finalmente se inclina por la tesis de la responsabilidad subjetiva del artículo 1909.

⁴¹ PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2135. El razonamiento de este autor para explicar la responsabilidad subjetiva de la disposición se basa en la relación entre el artículo 1909 y el artículo 17.8 de la Ley sobre Ordenación de la Edificación, que establece lo siguiente: “Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño”. Similar espíritu parece informar el pensamiento de ROCA Y TRÍAS, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 271.

⁴² HERBOSA MARTÍNEZ, *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, *ob. cit.*, pág. 199.

⁴³ FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, *op. cit.*, pág. 123. Este autor señala que las discrepancias entre los autores aparecen cuando se trata de las relaciones internas entre los copropietarios: por un lado están aquellos que abogan porque la responsabilidad se distribuya en proporción a las cuotas de cada uno de los propietarios, y por otro están los que afirman que es posible establecer una cuota abstracta de culpabilidad en cada uno de ellos.

que se puedan aplicar las reglas de la responsabilidad colectiva en caso de que no logre esclarecerse cuál de esos copropietarios debió realizar las necesarias reparaciones⁴⁴.

Lo mismo puede decirse respecto del supuesto de hecho que contiene el artículo 1909. Esta norma establece la responsabilidad de los agentes que participan en la edificación, entendiendo por tales a los sujetos que intervienen en la realización de la obra⁴⁵. En cuanto a quiénes se comprende con esta expresión, se ha señalado por la doctrina que, si bien el artículo solamente se refiere al arquitecto y al constructor que han intervenido en la construcción del edificio, la responsabilidad también debe extenderse al contratista y a los técnicos, como los aparejadores, por ejemplo⁴⁶. PEÑA LÓPEZ precisa esta idea indicando que se debe extender a todos aquellos sujetos que la Ley sobre Ordenación de la Edificación pueda contemplar⁴⁷, tales como proyectistas o directores de obra.

FEMENÍA LÓPEZ, al hablar de la responsabilidad de estos agentes, dice que “la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que los intervinientes en la obra, tanto según el artículo 1591, como a tenor del 1909, responden solidariamente de los daños ocasionados por su ruina, a menos que por las circunstancias fácticas del caso pueda individualizarse la responsabilidad de cada uno de ellos, pudiendo alcanzar la responsabilidad extracontractual, y por lo mismo solidaria, no sólo al constructor y al arquitecto sino también al propietario de la edificación respecto de terceros perjudicados, a salvo las acciones de repetición que pudieran corresponderles a los condenados contra otros partícipes de la culpa originadora de la responsabilidad y las que en fuerza de relaciones contractuales pudieran asimismo asistirles”⁴⁸. En el fondo, el autor nos aclara que los criterios jurisprudenciales relativos al artículo 1909 se basan en la consideración conjunta de este precepto con el artículo 1591 del Código civil, lo que equivale a decir

⁴⁴ Salvo en las hipótesis en que la responsabilidad corresponda a la respectiva Comunidad de Propietarios, casos en los que ya nos olvidamos de la solidaridad.

⁴⁵ FEMENÍA LÓPEZ, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, *op. cit.*, pág. 133.

⁴⁶ DE ANGEL, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 172.

⁴⁷ PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2135.

⁴⁸ FEMENÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 144.

modernamente que esa vinculación debe entenderse hecha con el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999. En consecuencia, todas las ideas que desarrollamos en torno a la responsabilidad solidaria de los agentes de la construcción, y específicamente a la responsabilidad solidaria por ruina provocada por una causa indeterminada, son absolutamente aplicables al artículo 1909 del Código civil.

Lo anterior ha hecho sostener a HERBOSA MARTÍNEZ que el legislador no hace sino “trasladar al ámbito específico del artículo 1909 CC una consolidada doctrina jurisprudencial en materia de culpa extracontractual por la que sólo ha de aplicarse el criterio de la solidaridad cuando no resulte posible discernir la responsabilidad que corresponda a cada sujeto; pero bien entendido que el criterio general de aplicación debe ser el de atribución individualizada de la responsabilidad, siempre que la singularización sea posible”⁴⁹. Dicho de otro modo, frente a la ruina del edificio causada por defectos de construcción, la labor indagatoria debe centrarse en la determinación de la causa ruinógena, para trasladar desde ese punto la responsabilidad al responsable de que ella se produjera, permitiendo la exoneración de todos aquellos que demuestren su diligencia en el proceso de construcción. Únicamente cuando esta labor de investigación arroja como conclusión que no es posible conocer con certeza la causa de la ruina, podrán aplicarse las reglas de la solidaridad del grupo de agentes de la edificación. Es decir, no es más que la misma línea que he propugnado para la responsabilidad colectiva, entendida como una responsabilidad de carácter marcadamente subsidiario, aplicable cuando la identificación del autor material se ha hecho completamente imposible.

Como se dijo recién, la jurisprudencia se ha encargado de sentar estas directrices. Gráfica y explícita es la STS de 31 de octubre de 1990 (RJ 8276), cuando manifiesta que *“la solidaridad ha de aplicarse en aquellos casos en los que de los aspectos fácticos de la sentencia recurrida...no resulte posible deslindar o discernir la responsabilidad que corresponda a cada uno de los profesionales*

⁴⁹ HERBOSA MARTÍNEZ, *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, op. cit., pág. 238.

intervinientes en el proceso constructivo (constructor, arquitecto, aparejador...), pero debiendo quedar claro al respecto que la regla general o criterio inicial y deseable de aplicación de responsabilidades en la construcción es el de la atribución de aquélla a quien individualizadamente corresponda por razón de competencia, siempre y cuando tal atribución singularizada sea posible, lo que no excluye la posibilidad, ciertamente frecuente en la práctica por la complejidad del proceso constructivo y por la convergencia en ocasiones de causas concurrentes a la hora de precisar el vicio o defecto generador del daño, de que se hable de una innegable generalización del principio de la responsabilidad solidaria de los profesionales participantes en la construcción, que no procede, repetimos, en los que cabe sostener, como en el presente, una responsabilidad deslindada y atribuible a uno de los profesionales responsables de la obra”.

FEMENÍA se ha preocupado de analizar cuáles son las posibles situaciones de responsabilidad a que puede conducir la indagación y prueba de la intervención de los agentes de la edificación en el hecho ruinoso, distinguiendo las siguientes alternativas⁵⁰:

- La exoneración de todos aquellos intervinientes que logren comprobar que la ruina no ha acaecido por hecho del cual sean responsables.
- La plena identificación de la causa de la ruina y del o los responsables, con la consiguiente exoneración de responsabilidad de todos aquellos a quienes esa ruina no sea imputable.
- Determinación que la ruina es imputable a todos los agentes que han intervenido en el proceso y la proporción con que cada uno ha intervenido en la causación del hecho ruinoso, caso en el cual la responsabilidad entre ellos deja de ser solidaria y pasa a ser mancomunada, en función de esa intervención.

En base a este esquema, me atrevo a afirmar que en caso de no ser posible descubrir ni el autor específico del hecho ruinoso, ni mucho menos la

⁵⁰ FEMENÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 146.

proporción en que éste ha intervenido en su producción, estaremos, sin lugar a dudas, frente a un caso de daño provocado por el miembro desconocido de un grupo determinado, compuesto por los agentes de la edificación, y que requerirá la aplicación de la responsabilidad colectiva como fórmula de resarcimiento por el perjuicio causado. Las palabras del autor citado y las decisiones jurisprudenciales me ayudan a llegar a esta conclusión.

Por otra parte, y como comentario final, no debemos olvidar que el artículo 17.3 de la Ley sobre Ordenación de la Edificación, actual referencia del artículo 1909 del Código civil, establece la regla de la solidaridad, y lo hace en los siguientes términos: “No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente...”. La norma no habla expresamente de una ruina causada por un componente anónimo de una pluralidad de agentes de la edificación, pero mi opinión es que al referirse a casos en que “no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales”, y verificándose todos los demás requisitos de la responsabilidad colectiva, ella podría perfectamente aplicarse a los supuestos de este tipo que se encuadren dentro de los supuestos fácticos de los artículos 1907 y 1909.

3. LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784 DEL CÓDIGO CIVIL

3.1. IDEAS PRELIMINARES

Los artículos 1783⁵¹ y 1784⁵² del Código civil se encargan de reglamentar la responsabilidad de los empresarios de hotelería respecto de los daños

⁵¹ Artículo 1783: “Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas y mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal de que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos poseedores o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos”.

⁵² Artículo 1784: “La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas, como por los

sufridos por sus clientes en los efectos que ellos mismos han introducido al establecimiento, en las circunstancias y bajo las condiciones que tales artículos disponen⁵³.

Estos preceptos no forman parte de una reglamentación general del contrato de hospedaje, la que no existe en el Código civil español, sino que se insertan en ese cuerpo legal como parte de la normativa del contrato de depósito, específicamente el depósito necesario, ubicación que ha generado no pocas polémicas respecto de la verdadera naturaleza de esta figura⁵⁴. Las dudas surgen, como lo indica BADOSA⁵⁵, porque en este tipo de depósito no existe el “acto de constitución” característico de ese contrato, constituido por la entrega de la cosa por parte del depositante al depositario y la aceptación de éste, operación que implica un acto bilateral⁵⁶. Según el autor, este acto de constitución no existe por dos razones fundamentales:

- En primer lugar, el artículo 1783 no exige la entrega al fondista o mesonero de los efectos que los viajeros lleven consigo para que se constituya el depósito, sino que basta la introducción de tales efectos en las fondas o mesones. Al sustituirse la idea de “entrega” por la de “introducción”, se configura una forma de depósito en la que la posesión de las cosas objeto del mismo nunca deja de estar en poder del cliente, desapareciendo de este modo el efecto típico de este

extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor”.

⁵³ Los artículos que estamos estudiando hablan de “fondas” y “mesones”, así como de “fondistas” y “mesoneros”. Actualmente, existe consenso en cuanto a que estas expresiones se aplican a todos los establecimientos y sujetos que intervienen en la industria del alojamiento remunerado, habitual y profesional. En este sentido, *vid.* PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930, pág. 220; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, “El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Número 7, 1994, pág. 379; HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Editorial Bosch, 2000, pág. 1071.

⁵⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 163.

⁵⁵ BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, pág. 1697.

⁵⁶ En el mismo sentido, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “Comentario del artículo 1783 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 2021.

contrato y que es, precisamente, la adquisición de la posesión por parte del depositario de las cosas que le entrega el depositante⁵⁷.

- También nos hace ver BADOSA que la ausencia de entrega de los efectos va unida a la falta de aceptación por parte del mesonero, quien se limita a tomar conocimiento del hecho de la introducción⁵⁸.

De lo anterior, resulta que hoy en día la inmensa mayoría de la doctrina⁵⁹, y también la jurisprudencia⁶⁰ considera que esta “introducción de efectos” no constituye depósito⁶¹ y que la pretensión de la frase inicial del artículo 1783 (“Se reputa también depósito necesario”) no es otra que asimilar al depósito necesario una figura que ni siquiera tiene el carácter de depósito, asimilación que tiene como único efecto el de imponer a los mesoneros y fondistas la responsabilidad propia de los depositarios, tal como lo deja claro la segunda frase del artículo 1783 (“Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales

⁵⁷ Esta circunstancia ha hecho expresar a PÉREZ SERRANO que “si el depósito es un contrato *real*, no se concibe exactamente cómo pueda el fondista ser depositario de efectos que no ha recibido, y que en muchas ocasiones no sabe siquiera que existen”. *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 213.

⁵⁸ De hecho, la norma no parece imponer obligación alguna de guarda y restitución al fondista o mesonero. SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario del artículo 1783...”, *op. cit.*, pág. 2021.

⁵⁹ Por todos, BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1783...”, *op. cit.*, pág. 1696; PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, págs. 213 y 214; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “El depósito derivado del hospedaje...”, *op. cit.*, arts. 374 y 375; SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario del artículo 1783...”, *op. cit.*, pág. 2021; HERNÁNDEZ GIL, “Comentario a los artículos 1783...”, *op. cit.*, pág. 1071; MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, pág. 163.

⁶⁰ La STS de fecha 11 de julio de 1989 (RJ 5598) categóricamente afirma que “*la responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los arts. 1783 y 1784 del Código Civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa, nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos introducidos en los términos establecidos en los citados preceptos legales; de ahí que no sea admisible la tesis sustentada por la recurrente sobre constitución de un depósito voluntario de los definidos en el art. 1763 del Código Civil a consecuencia de esa entrega de los efectos, ya que la misma trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo, por tanto, un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el Hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje, configurándose esa entrega como la adopción por el cliente de las prevenciones hechas por el hotelero o sus empleados sobre cuidado y vigilancia de los efectos valiosos*”.

⁶¹ PÉREZ SERRANO sostiene que si no estamos frente a un contrato de depósito, con menor razón lo estamos frente a un depósito necesario, puesto que “no es lícito afirmar que el turista moderno, que elige hotel después de tomar todos los informes y buscar todas las garantías apetecibles, pueda parangonearse con el antiguo viajero que, luego de recorrer largo camino en mala diligencia, venciendo mil dificultades, llegaba a una mezquina venta, donde inevitablemente, y a falta de otra cosa, había de acogerse”. *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 214.

depositarios”.)⁶². Esta responsabilidad tiene características y elementos constitutivos propios, de los que nos ocuparemos a continuación⁶³.

3.2. APLICACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784

La responsabilidad del fondista o mesonero nace, según el artículo 1783, en la medida que el o los viajeros hayan dado a aquél o a sus dependientes, conocimiento de los efectos que han introducido al establecimiento y siempre que observen las prevenciones que se les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos por parte del posadero o sus sustitutos. Por su parte, el artículo 1784 dispone que la responsabilidad del fondista o mesonero comprende los daños causados en los efectos de los viajeros causados por sus criados o dependientes o por extraños, salvo que provengan de algún suceso de fuerza mayor.

Lo primero que podemos observar en el artículo 1783 es la exigencia del conocimiento en el posadero de la introducción de efectos por parte del viajero. Se trata de un requisito de responsabilidad que no implica una exigencia de comunicación expresa del cliente al hotelero o a sus empleados, bastando con que

⁶² BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1783...”, *op. cit.*, pág. 1697. El autor precisa que esta asimilación no se extiende a ningún otro efecto propio del contrato de depósito, como son las obligaciones de guardar y devolver la cosa depositada, lo que, ya se ha dicho, no es posible al no tener el fondista o mesonero la posesión de los efectos.

⁶³ Lo cierto es que la naturaleza de esta especial figura y su relación con el contrato de depósito ha sido controvertida ya en los sistemas jurídicos de los cuales ha sido tomada por el Código civil español. La responsabilidad del artículo 1783 es heredera de la figura conocida en el Derecho romano con el nombre de *recepta cauponum*, que no es otra cosa que la denominación dada a la introducción de efectos por parte de viajeros en las posadas y lugares de alojamiento y que hacía nacer la responsabilidad de los *caupones* (dueños del establecimiento respectivo) en caso de pérdida o destrucción de esos efectos (PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, págs. 202 y ss.). Sin embargo, su equiparación con el depósito necesario no surgió en ese sistema jurídico, sino que fue obra de los tratadistas del Derecho común, idea que fue acogida por los creadores del Código de Napoleón y consagrada en el artículo 1952 de ese cuerpo legal (ROCA JUAN, Juan, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, pág. 299). Por lo que se puede afirmar que la asimilación hecha por el Código español no es una idea tomada de las fuentes romanas.

Respecto del Derecho español, PÉREZ SERRANO nos dice que en el antiguo Derecho de Castilla el hospedaje no se estudiaba a propósito del contrato de depósito, sino que se hacía respecto del arrendamiento de servicios (*El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 213), lo que hace concluir a este autor que el tratamiento que el Código Civil español hace en su sistemática de la responsabilidad del empresario hotelero no obedece más que a la intención del codificador de copiar fielmente el texto del artículo 1952 del Código civil de Francia (*El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 215).

las cosas sean introducidas a la vista de aquellos y no de manera clandestina⁶⁴. Por el contrario, se excluye toda responsabilidad respecto de cualquier efecto introducido en desconocimiento del hotelero o de sus dependientes⁶⁵.

La parte final del artículo 1783 contempla el segundo requisito de nacimiento de responsabilidad para el fondista cuando, además de lo expresado recientemente, establece que los viajeros deben observar las prevenciones que dicho fondista, o bien sus sustitutos, les hubiesen hecho en relación al cuidado y vigilancia de sus pertenencias. Esta exigencia viene a ser un mecanismo que el Código entrega al posadero para eludir su responsabilidad por los daños sufridos por los efectos de los viajeros cuando se originan en la omisión de las indicaciones o sugerencias que se les hubiesen hecho oportunamente. BADOSA⁶⁶ afirma que las prevenciones hechas a los viajeros carecen de valor normativo, pero tienen un efecto exonerador cuando dichos viajeros las han infringido, lo que determina que el daño sufrido les sea imputable⁶⁷. Eso sí, MARTÍN SANTISTEBAN sostiene que “habrá que ver en cada caso si la no observancia de las prevenciones hechas por el hotel es causa exclusiva del daño-como sería el no depositar los objetos de valor en recepción-, en cuyo caso efectivamente queda el hotel exonerado de toda responsabilidad, o si la culpa del cliente concurrió con el no empleo por parte del hotel de la diligencia debida, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de concurrencia de culpas con la consiguiente minoración de la cantidad debida de resarcir por el establecimiento hotelero”⁶⁸.

⁶⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, pág. 165. Por lo mismo, tampoco será necesaria la entrega de las cosas por parte del cliente ni que éste haga una relación detallada de su equipaje o de su contenido (HERNÁNDEZ GIL, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1072).

⁶⁵ BADOSA COLL, “Comentario del artículo 1783 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1699.

⁶⁶ BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1699.

⁶⁷ MARTÍN SANTISTEBAN observa que la doctrina es prácticamente unánime en rechazar los meros avisos o carteles que se suelen fijar en los establecimientos donde el hotelero se autoexonere de responsabilidad, salvo que en ellos se establezcan precisamente estas prevenciones sobre cuidado y vigilancia de los efectos (*El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, pág. 165). En el mismo sentido ROCA JUAN, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 300; SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2022; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “El depósito derivado del hospedaje...”, *op. cit.*, pág. 387.

⁶⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, pág. 166.

El artículo 1784 se encarga de delimitar el ámbito de la responsabilidad de los hoteleros, a través de la enumeración de autorías personales ajenas, e introduciendo el concepto de fuerza mayor como causal de exclusión de la responsabilidad, asumiendo así un papel interpretativo del artículo 1783⁶⁹. De este modo, el mesonero responderá por los daños causados en los efectos de los viajeros por los criados o dependientes del hotel⁷⁰, así como también por los que sean causados por extraños⁷¹, pero excluyendo todo acontecimiento calificable de fuerza mayor, expresión que debe diferenciarse del caso fortuito, el cual no tendrá el efecto eximente de responsabilidad para el hotelero⁷².

3.3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS HOTELEROS

A partir del mayoritario consenso existente en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que la introducción unilateral de efectos por parte del viajero en las fondas o mesones no constituye un contrato de depósito, así como

⁶⁹ BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1699.

⁷⁰ A BADOSA COLL le llama la atención que el artículo 1783 no haga mención alguna a daños causados por el propio fondista o mesonero, omisión que en su opinión enfatiza el papel exclusivamente de “responsable”, excluyendo que la responsabilidad del artículo 1783 se fundamente en su autoría y haciendo una clara distinción entre los conceptos de “autoría” y “responsabilidad” (“Comentario al artículo 1784”, *op. cit.*, pág. 1699).

⁷¹ La expresión “extraños” que utiliza el artículo 1784 no se refiere solamente a personas ajenas al hotel, si no que incluye también a quienes sean huéspedes en el mismo (ROCA JUAN, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 306).

⁷² El fundamento de esta diferenciación tan tajante entre fuerza mayor y caso fortuito estaría dada, según opina la doctrina, en la intención del codificador de hacer responsable al fondista o mesonero de todas aquellos sucesos que no sean extraños al ejercicio normal y habitual de la industria del alojamiento y que por ello no escapen al ámbito de previsibilidad del empresario hotelero (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “El depósito derivado del hospedaje...”, *op. cit.*, pág. 391; HERNÁNDEZ GIL, “Comentario a los artículos 1783 y 1784...”, *op. cit.*, pág. 1072; SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 2023). La jurisprudencia ha ratificado este criterio diferenciador y podemos ejemplificarlo a través de la STS de fecha 27 de enero de 1994 (RJ 569), la que ha delimitado el ámbito de responsabilidad del hotelero señalando expresamente que “*los hoteleros responden de los casos fortuitos que impidan el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no de los casos de fuerza mayor incluidos en los artículos 1783 y 1784*”. Más gráfica aún es la STS de 15 de marzo de 1990, que expone: “*La dicción del precepto legal es lo suficientemente clara como para no suscitar dudas de ninguna clase. Se trata de una norma que, dado su texto, «robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor» como productores de los daños en los efectos de los viajeros, no incluye el supuesto de caso fortuito, pudiendo interpretarse en el sentido de hacer responsable al hotelero de los casos fortuitos que surgen en el normal ejercicio de la industria, pero queda eximido de responsabilidad por los sucesos extraños a ella, como son los de fuerza mayor mencionados en el art. 1784*”.

tampoco de hospedaje⁷³, se sostiene que la responsabilidad de los hoteleros que imponen los artículos 1783 y 1784 del Código civil no depende de la existencia de contrato alguno, sino que se trata de una responsabilidad *ex lege*⁷⁴, de una obligación legal de custodia accesoria al contrato de hospedaje y que tiene su inicio en el momento en que el viajero introduce sus efectos en el establecimiento hotelero, prolongándose por todo el tiempo en que permanezca en el mismo, con independencia de que llegue a perfeccionarse o no un contrato de hospedaje⁷⁵.

Esta responsabilidad es objetiva, por cuanto surge en la medida que se verifiquen dos requisitos objetivos, cuales son, la introducción de los efectos en el establecimiento y la existencia de los daños, según dice BADOSA⁷⁶. Este autor sostiene que este carácter objetivo de la responsabilidad queda demostrado por dos circunstancias precisas: primero, el que la responsabilidad se extienda a daños causados por extraños, respecto de los cuales no operan los criterios de la culpa, sea *in eligendo* o *in vigilando*, porque el hotelero no elige a los “extraños”, al tratarse de un recinto público con libre acceso, ni vigila a personas a quien el hotelero muy probablemente no ha llegado a conocer ni de cuya presencia en el hotel se encuentra informado; segundo, porque la prueba de la diligencia no exonera al hotelero⁷⁷.

⁷³ Ello porque es perfectamente posible que una persona introduzca sus cosas en un establecimiento hotelero con el objetivo de cerrar un contrato de hospedaje y por diversas circunstancias ello no llegue a ocurrir, a pesar de lo cual podría llegar a plantearse perfectamente la situación de hecho que previenen los artículos 1783 y 1784. En este sentido SÁNCHEZ ARISTI, “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2021; PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 236; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “El depósito derivado del hospedaje...”, *op. cit.*, pág. 377; ROCA JUAN, “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 305. Sin embargo, en la jurisprudencia es posible observar la idea reiterada de que la responsabilidad del hotelero tiene su fundamento en el contrato de hospedaje y la amplitud de servicios que este comprende. En este sentido, las SSTs de 11 de julio de 1989 (RJ 1989, 5598) y de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1696).

⁷⁴ Responsabilidad que, por lo mismo, no tiene carácter extracontractual. BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1698.

⁷⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, págs. 163 y 164; HERNÁNDEZ GIL, “Comentarios a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1071.

⁷⁶ BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1700.

⁷⁷ ROCA JUAN no ve tan clara una característica que parece ser compartida por gran parte de la doctrina. En su opinión, desde el momento en que el artículo 1784 exime de responsabilidad al fondista o mesonero en los casos de fuerza mayor es porque el codificador ha querido que su responsabilidad sea una responsabilidad por culpa, la que excluye los sucesos de fuerza mayor, a no ser que se entienda por fuerza mayor a todo suceso extraño al riesgo profesional, cosa que el autor ve como muy difícil (“Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 301). MARTÍN SANTISTEBAN se encarga de contestar a esta opinión, señalando que la concepción de la fuerza mayor como evento ajeno a la esfera de riesgo o control del hotelero se encuentra respaldada tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando como

La idea central que informa la responsabilidad objetiva del fondista o mesonero es la del riesgo profesional. PÉREZ SERRANO dice, a propósito de la responsabilidad de este empresario, que “quien ejerce una industria, debe soportar los riesgos que derivan de su ejercicio, aun cuando a él personalmente no puedan serle imputables los hechos que originan la responsabilidad”⁷⁸. De esta aseveración podemos claramente extraer dos fundamentos que justifican esta responsabilidad objetiva del hotelero. En primer lugar, se trata de una responsabilidad objetiva basada en el desempeño de una actividad económica por parte del fondista, la que tiene un carácter público al consistir en la explotación de un establecimiento hotelero abierto a todas las personas. En segundo lugar, la responsabilidad que debe asumir el hotelero por hechos de sus dependientes, sustitutos o, incluso, personas extrañas, “se funda en la legitimación que aquél concede a las personas causantes del daño, para hallarse en su local. La legitimación de los “dependientes” se basa en su contrato de servicios y la de los “extraños” en el carácter público del local y su correspondiente libre acceso”⁷⁹.

3.4. RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784 DEL CÓDIGO CIVIL

Al igual que lo sucedido con los preceptos del Código civil anteriormente analizados, en los artículos 1783 y 1784 el legislador ha optado por hacer responsable a los hoteleros respecto de aquellos daños que sufran los viajeros en sus efectos, incluso cuando no sea determinable la persona que realmente los causó, en la medida que se cumplan los requisitos que los propios artículos imponen y que ya hemos expuesto. Y al igual que acontecía cuando hacíamos un análisis final de tales preceptos, aquí también se puede concluir que estas disposiciones no contienen una hipótesis particular y concreta de responsabilidad colectiva que pueda considerarse como demostrativa de una intención del legislador por incorporar esta

ejemplo las SSTS de fechas 15 de marzo de 1990 y 27 de enero de 1994, a las que ya hemos hecho alusión. (*El depósito y la responsabilidad del depositario*, *op. cit.*, págs. 173 y 174).

⁷⁸ PÉREZ SERRANO, *El contrato de hospedaje...*, *op. cit.*, pág. 217.

⁷⁹ BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 1701.

clase de responsabilidad al Código civil. Por el contrario, y siguiendo lo que son las directrices de la mayoría de la doctrina española en esta materia, es posible afirmar que la responsabilidad que consagran los artículos 1783 y 1784 es de carácter objetivo, basada en la actividad que desempeña el empresario de hotelería. Por esta responsabilidad deberá responder incluso de aquellos hechos dañosos cuya autoría se desconozca, pero siempre responderá de manera individual y completa, sin que llegue a imputarse esa responsabilidad a un grupo de individuos por el hecho de uno solo de ellos.

En definitiva, no creo que la responsabilidad de los artículos 1783 y 1784 se refiera necesariamente a casos de responsabilidad colectiva, sea porque su intención es más amplia, sea porque el responsable va a ser una persona y no un grupo específico. Por lo mismo, no me parecen suficientes para sostener la existencia de aquella en el Código civil español, aunque sí dan pie para afirmar que el desconocimiento de la identidad del responsable de un daño no necesariamente suprime la responsabilidad civil, contractual en este caso, ya que el legislador se ocupa de establecer un titular pasivo que responda frente al perjudicado, idea a la que podría acoplarse también la figura del daño causado por un miembro no determinado de un grupo.

4. EL DAÑO CAUSADO POR COSAS QUE CAEN O SON ARROJADAS

Quisiera señalar que el estudio del artículo 1910 del Código civil es, a mi juicio, uno de los puntos más importantes de esta investigación. La primera razón para esta afirmación es histórica. Esta disposición constituye la consagración moderna de la *actio de effusis vel deiectionis* y de la *actio de positis vel suspensis*, que son figuras implementadas por el Derecho Romano para solucionar eventos de daños potencialmente causados por agentes indeterminados pertenecientes a un grupo. De modo que esta sola circunstancia es motivo suficiente para abordar el origen y el tratamiento que tuvieron en Roma tales acciones.

Por otra parte, al ser este precepto la prolongación de esas acciones, es interesante analizar en detalle cuál es el estado actual de su regulación, tal como la entienden contemporáneamente la doctrina científica y jurisprudencial. Esto último es especialmente sugestivo, por cuanto la labor de los tratadistas y los tribunales le ha dado, como veremos, una interpretación más amplia a la que, probablemente, quiso llegar el Codificador de 1889, producto de los ineludibles cambios y modificaciones que experimentan las necesidades sociales.

Finalmente, y como consecuencia de lo dicho en los párrafos anteriores, el artículo 1910 ha sido considerado por autores y sentencias como uno de los soportes que proporciona el Código para la implementación de la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo en el sistema de responsabilidad extracontractual español. En consecuencia, se torna obligatorio investigar si esa propuesta tiene asidero, para lo cual deberemos, primeramente, estudiar la real posibilidad de aplicación de este mandato a hipótesis del daño en análisis.

Se trata, entonces, de una parte de este trabajo del mayor interés y necesidad, y que por lo mismo amerita un despliegue bastante más extenso y profundo que el anunciado al inicio de este Capítulo para los diversos casos que lo conforman. El valor histórico y la vigente trascendencia del artículo 1910 para nuestra materia lo justifican largamente.

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como ya lo he dicho en esta investigación, uno de las primeras manifestaciones de la responsabilidad colectiva se encuentra en dos acciones provenientes del Derecho Romano, la *actio de effusis vel deiectis* y la *actio de positis vel suspensis*. Estas acciones son el primer antecedente y origen de la norma del artículo 1910 del Código civil español, y al serlo también del tema central de este trabajo, me parece oportuno extender un poco el estudio de su desarrollo histórico y entregar así una visión amplia de su evolución, sin adentrarnos en problemas demasiado específicos relacionados con las mismas. Hablar del origen de

la disposición del Código civil es hablar del origen de las acciones de responsabilidad colectiva. De ahí su importancia.

En la antigua Roma correspondía sancionar una serie de actos o hechos que se consideraban ilícitos y que recibían el nombre genérico de *delicta*. Estos *delicta*, de acuerdo a las normas del *ius civile*, constituían una fuente de las obligaciones, en virtud de la cual determinados actos ilícitos hacían surgir para aquel que los cometía la obligación de pagar a la víctima una cantidad determinada de dinero (*poena*)⁸⁰. Sin embargo, no todo hecho ilícito causaba este efecto⁸¹, por lo que el pretor utilizaba ciertas acciones *in factum* con el objeto de que el perjudicado por un determinado suceso pudiese dirigirse en contra del autor y así obtener una compensación monetaria por el daño sufrido. Estos hechos no constitutivos de *delicta* fueron conocidos en las sistematizaciones postclásicas como *obligationes quasi ex delicto* (cuasidelitos). Las acciones a que hemos hecho referencia como fuentes del artículo 1910 buscaban la sanción de un tipo específico de cuasidelitos, que pasamos a describir⁸².

4.1.1. *ACTIO DE EFFUSIS VEL DEIECTIS*

La *actio de effusis vel deiectis*⁸³ era concedida por el pretor, a través del edicto *de his qui deiecerint vel effuderint*⁸⁴, a quien era víctima de un daño por una cosa que caía o era arrojada desde un edificio o vivienda. “Su fundamento objetivo era el tratar de garantizar el tráfico viario, de modo que los transeúntes

⁸⁰ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*, Ariel, 1994, pág. 415.

⁸¹ RAMOS MAESTRE, Áurea, *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (análisis del art. 1910 del C.C.)*, Editorial Práctica de Derecho, 2001, pág. 17. La autora nos recalca que sólo cuatro tipo de ilícitos tenían esta cualidad: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*.

⁸² RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁸³ D.9,3,1 pr.: “Dice el pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: Por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, daré, contra el que allí habitare, acción en el duplo por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Si se dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre daré acción de cincuenta áureos; si viviera, y se dijese que le causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignorándolo su dueño, añadiré en el juicio: o que lo dé por noxa”.

⁸⁴ D.9.3.

podrían resarcirse de los daños ocasionados en sus personas o en sus bienes como consecuencia de los líquidos o sólidos arrojados desde las viviendas. Es decir, se creó por razones de utilidad pública, dada la configuración urbanística de una ciudad como Roma, que ya en la República, período en que suele datarse este edicto, comenzaba a ser una urbe de población creciente, con problemas de espacio y progresivo aumento de las *insulae*, con condiciones de habitabilidad precarias, donde los residuos se eliminaban hacia el exterior de las casas, con el consiguiente peligro para los viandantes...»⁸⁵.

Como se desprende del párrafo transcrito, lo perseguido con este edicto era una finalidad de utilidad pública como lo era la seguridad vial y la protección de los caminantes que circulaban ordinariamente por vías destinadas para ello. Por lo mismo, carecía de importancia que esas vías fuesen públicas o privadas, urbanas o rurales o que se circulase por ellas de día o de noche⁸⁶; la protección del pretor a través del edicto se extendía a los transeúntes, con independencia del lugar donde se encontrasen⁸⁷.

En cuanto al *factum* o supuesto de hecho sancionado por este edicto, ya se ha dicho que ULPIANO lo describe en D.9,3,1 pr., tipificando la acción de “verter líquidos-*effundere*-, arrojar objetos-*deicere*-, desde edificios habitados, sobre los lugares de tránsito y estacionamiento ordinarios, ocasionando daño a los viandantes o a cualquier cosa existente en la calle”⁸⁸. Sobre este punto, GIMÉNEZ-CANDELA⁸⁹ observa que entre los distintos tratadistas y con un objetivo muchas veces simplificador, se suele reducir el edicto de *effusis vel deiectis* a una sola acción (por verter líquidos o arrojar o caer cosas causando daño), cuando en realidad el pretor contempló cuatro acciones para igual número de supuestos,

⁸⁵ TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La responsabilidad del *haborator* en la *actio de effusis et deiectis* y su alcance actual (artículo 1910 del Código civil)”, en *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno*. Alfonso Murillo Villar, coordinador. Universidad de Burgos, 2001, págs. 855 y 856.

⁸⁶ RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, “Notas sobre el elemento objetivo del *effusum vel deiectum*”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen II, Madrid, 1988, pág. 692.

⁸⁷ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Los llamados cuasidelitos*, Trivium, 1990, pág. 67.

⁸⁸ RODRÍGUEZ-ENNES, “Notas sobre el elemento objetivo...”, *op. cit.*, pág. 690. A juicio de este autor, la referencia a meras actividades físicas como detonantes de la protección pretoriana revela que no se requiere intervención material de un sujeto para la configuración del tipo.

⁸⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, pág. 93.

todos ellos dentro del ámbito de la caída o derrame de cosas. Según esta autora, las diferentes acciones eran las siguientes⁹⁰:

- En primer término, se concedía acción por el duplo tratándose de daños causados por líquidos o sólidos que caían o se arrojaban desde los edificios⁹¹.
- Se daba una acción popular para el caso que, a consecuencia de la caída de líquidos o sólidos desde un edificio, hubiese muerto un hombre libre⁹², caso en el cual la *poena* ascendía a la suma de 50.000 sestercios⁹³.
- La tercera acción se aplicaba en caso de lesiones en un hombre libre exclusivamente. Se excluían las lesiones a esclavos por estar incorporadas en la primera de estas acciones⁹⁴.
- Finalmente, el pretor anunciaba una acción noxal en caso que el *habitor* de la vivienda demandado fuera un hijo de familia o un esclavo⁹⁵.

El sujeto pasivo de la *actio de effusis vel deiectis* era el *habitor*, entendiendo por tal al que habita la vivienda desde la cual la cosa se arroja o cae y no al dueño de la misma⁹⁶. “En este sentido, el edicto, prescindiendo completamente de quién fuera el autor material del hecho, establece la responsabilidad del *habitor*, en base a la única circunstancia de ser habitante de la vivienda desde donde se produjo la *effusio* o *deiectio*, es decir, de encontrarse en la situación de gozar del uso del inmueble”⁹⁷. El motivo de esta solución era la

⁹⁰ Todas ellas están en D.9,3,1 pr. Asimismo, ULPIANO comentaba el régimen de cada una de ellas en D.h.t.5,5.

⁹¹ GIMÉNEZ-CANDELA observa que esta acción, en principio, es coincidente con las reglas de la Ley Aquilia, puesto que tenía un *damnum datum* como trasfondo. Sin embargo, la diferencia radica, como veremos más adelante, en que esta acción particular no se dirigía necesariamente en contra del autor del daño ni requería prueba de la culpa en el demandado (*Los llamados cuasidelitos*, op. cit., pág. 94).

⁹² GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, op. cit., pág. 96.

⁹³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pág. 268.

⁹⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, op. cit., pág. 97.

⁹⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, op. cit., pág. 100. No está de más recordar que la acción noxal era una *actio* de carácter penal, que consistía en que si el autor de un delito privado era un esclavo o un hijo de familia, como en el supuesto que comentamos, la acción se concedía contra el dueño del esclavo o contra el padre del *filiusfamilias*, de la que éstos podían liberarse entregando al ofendido la persona del reo (IGLESIAS, *Derecho romano...*, op. cit., pág. 416).

⁹⁶ TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del habitator...”, op. cit., pág. 856.

⁹⁷ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, op. cit., pág. 20.

dificultad que significaba para el ofendido el tener que identificar al real autor material del hecho, por lo que se buscaba facilitar esta carga.

Como bien lo hace ver RODRÍGUEZ-ENNES⁹⁸, al ser la función de este edicto la protección de los viandantes, no podían quedar estos en una situación desmejorada por la circunstancia de no poder demostrar en el caso concreto quién era el responsable material del evento dañoso, consistente en la caída de un objeto, que a la postre resultara lesivo. En su opinión, razones de equidad imponían que a la víctima se la liberara de la prueba del autor del daño y se constituyera en sujeto pasivo de la acción a quien detentase el disfrute del inmueble desde donde cayó o se arrojó la cosa, con independencia de si le era o no imputable la caída. Por lo tanto, reflexiona este autor, si se erige al *habitor* como sujeto pasivo de la *actio*, con absoluta prescindencia de su comportamiento en el resultado dañoso y de la existencia de un nexo causal entre su conducta y el daño, no cabe concluir otra cosa que la *actio effusis vel deiectis* es un caso de responsabilidad objetiva, en el que la calificación del ilícito pretorio se realiza únicamente por el resultado, dejando de lado toda consideración a la culpa del *habitor*. En general, la doctrina mayoritariamente se alinea con esta idea y considera que el *habitor* debía responder por el solo hecho de provocarse el daño, por cuanto no se exigía dolo o culpa en aquel y ni siquiera se exigía que hubiese sido el autor material del perjuicio⁹⁹.

Según comentaba ULPIANO¹⁰⁰, se consideraba *habitor* a quien vivía en casa propia, al arrendatario¹⁰¹ y al que ocupaba un inmueble gratuitamente. No se consideraba como tal al que se encontraba en el inmueble

⁹⁸ RODRÍGUEZ-ENNES, Luis, “Notas sobre el elemento subjetivo del “edictum de effusis vel deiectis”, en *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, XXXV, 1984, págs. 91 y 92.

⁹⁹ Em esta línea de opinión se encuentran, por ejemplo, TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del *habitor*...”, *ob. cit.*, págs. 856 y 857; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, *ob. cit.*, págs. 77 y 78; y RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *ob. cit.*, págs. 20 y 21.

¹⁰⁰ D.9,3,1,9.

¹⁰¹ GIMÉNEZ-CANDELA trata con detalle los tres casos de arrendamiento que contemplaba el edicto: el del almacenista, el arrendatario de una tienda y el arrendatario de un local destinado a una actividad comercial o docente (*Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, pág. 79).

como huésped, por el carácter transitorio de ese estado, asumiendo la eventual responsabilidad quien le hubiese dado hospedaje.

También contempló y resolvió el edicto de *effusis vel deiectis* la posibilidad de varios *habitor* instalados en el inmueble desde donde cayó o se arrojó el objeto dañador. Para solucionar el problema que se podía presentar en caso de varios titulares el edicto hacía una distinción¹⁰²: que ocuparan los *habitor* la vivienda de forma individa o que entre todos ellos existiese una división interna de las habitaciones. En el primer supuesto, como se trataba de un grupo de varios *habitor*, y para el evento de ignorarse cuál de ellos podría ser responsable según este edicto, ya sea porque la víctima desconociera cuál de ellos fue el autor del daño, o bien porque no puede identificar al dañador material respecto del cual alguno de esos *habitor* debiera responder, la condena recaía sobre todos ellos, quienes respondían solidariamente¹⁰³. GAYO justificaba esta vía de resolución por la dificultad obvia que podía representar para la víctima la labor de determinación de un autor concreto para su lesión, de entre una variada potencialidad de ellos y sin mayores pistas que el conocimiento del inmueble desde donde cayó el objeto o se vertió el líquido¹⁰⁴.

Para el caso en que varias personas habitasen una misma vivienda, pero con divisiones claras entre los diversos aposentos que cada uno de ellos y su grupo ocuparían, la solución era otra: la acción se concedía únicamente contra el *habitor* que vivía en la parte desde donde cayó la cosa, excluyendo toda responsabilidad para los demás.

Creo que a estas alturas del trabajo se hace innecesario recalcar en forma especial la trascendencia histórica que tienen estas fórmulas pretorianas, en especial la primera que he detallado. Se trata nada menos que la solución de un caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo (en este caso, una

¹⁰² GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, op. cit., pág. 84.

¹⁰³ ULPIANO (D.9,3,3) aclaraba que la condena solidaria solo era posible si se demandaba a todos los *habitor* conjuntamente; en caso contrario, los no demandados quedaban liberados de responsabilidad.

¹⁰⁴ D.9,3,2.

pluralidad de *habitor*) a través de un objeto que cae o se arroja desde una vivienda. Y además, la vía utilizada es la de la responsabilidad colectiva, condenando a todos los miembros del grupo solidariamente. Me parece que este es el antecedente histórico más claro y preciso que podemos aportar desde el Derecho romano para la completa y cabal comprensión de esta forma de responsabilidad, más aún cuando se trata de una institución que, con ciertas variaciones, ha perdurado hasta el moderno Código civil español, tal como veremos más adelante.

Respecto a la clase de objeto, no existía una distinción entre líquidos o sólidos. “La conducta que el pretor tipifica en el edicto como ilícita era tanto la de verter líquidos *-effundere-*, como la de arrojar cosas *-deicere-*.”¹⁰⁵. De modo que cualquiera que fuese la cosa impulsada por la ley de gravedad que dañara al transeúnte, habilitaba a éste para invocar la protección del edicto. ULPIANO¹⁰⁶ se preocupó de comentar que este objeto, sólido o líquido, podía llegar a ser dañoso si caía estando colgado o en el momento de ser colgado, tratándose de un sólido, o lo que se vertía estando colgado, aunque nadie lo hubiese vertido, tratándose de un líquido¹⁰⁷.

Finalmente, viene al caso recordar que el afectado por la caída o derrame desde una vivienda siempre podía ejercer su pretensión resarcitoria a través de la fórmula genérica de la *Lex Aquilia*, pero aquella ponía sobre las espaldas del afectado el peso de la prueba del autor del daño, carga que se consideró excesiva y que se suplió por el sistema de la *actio effusis vel deiectionis*, creada especialmente con esa finalidad y con la de hacer más seguro el tráfico para los viandantes¹⁰⁸.

¹⁰⁵ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, págs. 19 y 20.

¹⁰⁶ D.9,3,1,3.

¹⁰⁷ GIMÉNEZ-CANDELA se encarga de diferenciar este caso del sancionado en el edicto *de positis vel suspensis*, donde se habla de un objeto que está “colocado” en algún soporte y no que está “colgado” en algo. Se trata de una diferencia sutil, pero necesaria al momento de decidir cuál edicto debía ser aplicado (*Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, pág. 108).

¹⁰⁸ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 23.

4.1.2. *ACTIO DE POSITIS VEL SUSPENSIS*

La otra acción *in factum* que concedía el pretor era la *actio de positis vel suspensis*¹⁰⁹, contenida en el edicto *ne quis in suggrunda*¹¹⁰, cuyo objetivo era sancionar “el ilícito de tener colocados en ventanas, balcones y tejados objetos cuya caída pudiera dañar a los transeúntes...”¹¹¹, todo ello en vista de asegurar y mantener la seguridad del tráfico viario. Se trata, sobre todo, de una acción de prevención, puesto que se trataba de una *actio popularis*, cuyo titular podía ser cualquier ciudadano, a través de la cual se perseguía la imposición de una multa, cuyo monto era de 10.000 sestericios¹¹², y para su ejercicio no se requería que se hubiera causado un daño¹¹³, lesiones o muerte a los transeúntes, bastando con que se creara el peligro de la caída al colocar la cosa en alguno de los lugares que taxativamente indicaba el edicto (cobertizo o alero del tejado, ubicado sobre un lugar donde las personas transitasen o pudiesen detenerse). Como lo hace notar GIMÉNEZ-CANDELA¹¹⁴, esta es una de las diferencias más notorias con el edicto *de effusis*, en el cual se busca la represión de conductas productoras de un resultado dañoso, en tanto que en el edicto *de positis* se castiga la sola ocasión de causar un daño, aunque éste nunca llegue a tener una concreción.

La otra diferencia fundamental que existe entre ambos edictos se encuentra en el ámbito de aplicación de cada uno. Mientras que el edicto *de effusis* contenía cuatro acciones, cada una con un régimen propio, el edicto *de positis* sólo es aplicable a un caso concreto, no reconducible a ninguna de aquellas acciones¹¹⁵.

¹⁰⁹ D.9,3,5,6: “En el cobertizo o alero del tejado, que dan sobre aquel lugar por el que vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, nadie tenga puesta alguna cosa, cuya caída pueda causar daño a alguien. Contra el que hiciere lo conterior daré acción por el hecho por diez sueldos, si se dijera que lo hizo un esclavo ignorándolo su dueño, o mandaré que sea dado por noxa”.

¹¹⁰ D.9.3.5.6.

¹¹¹ RAMOS MAESTRE, *op. cit.*, pág. 24.

¹¹² GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano, op. cit.*, pág. 268.

¹¹³ WALLINGA, Tammo, “*Effusa vel deiecta* en Roma y Glasgow”, en *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno*, Alfonso Murillo Villar, coordinador, Universidad de Burgos, 2001, pág. 909.

¹¹⁴ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos, op. cit.*, pág. 110.

¹¹⁵ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos, op. cit.*, pág. 110. La autora cita a Ulpiano para recalcar que a pesar de estas diferencias ambos edictos estaban estrechamente ligados, al punto que el

Si bien este edicto es bastante escueto sobre el punto, se sostiene que el sujeto pasivo de la acción era cualquier persona que tuviese puestos objetos en la circunstancias que el edicto contemplaba, incluyendo no sólo al *habitor*, sino también al dueño del inmueble o a inquilinos¹¹⁶. De manera que el elemento determinante a la hora de imputar responsabilidad era el haber puesto el objeto en un cobertizo o alero de modo que pudiese caer y causar un daño, circunstancia para la cual tener únicamente en cuenta al *habitor* significaba restringir innecesariamente la persona del legitimado pasivo de la *actio*¹¹⁷.

Aparentemente, la circunstancia de tratarse de una *actio* preventiva, basada en la mera creación de un riesgo, ha puesto a los autores en bandos distintos al momento de determinar qué tipo de responsabilidad establece esta acción. Así por ejemplo, RAMOS MAESTRE sostiene que “la acción prescinde de que medie o no culpa, por tanto, de toda valoración de la conducta del responsable. Esto no significa que no pueda concurrir el elemento intencional, sino que para el ejercicio de aquélla tan sólo se requiere la comprobación de un hecho: *qui positum habet*”¹¹⁸.

Por su parte, GIMÉNEZ-CANDELA¹¹⁹, basándose en la impersonalidad del sujeto pasivo y en el comentario de ULPIANO en el sentido de que entra en la prohibición edictal todo aquello colocado de modo que pueda causar un daño, afirma que no hace falta que el *habitor*, dueño o inquilino haya puesto personalmente el objeto, sino que es suficiente con que lo tenga colocado en esa posición, con el consiguiente riesgo que caiga y cause daño. A su juicio, se trata de una responsabilidad basada en el mero *factum* objetivo, sin ser imprescindible la

edicto *de positis* formaba parte del *de effusis*. De hecho, los Compiladores los reunieron en el título 9,3 del Digesto.

¹¹⁶ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 24, y GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, pág. 118.

¹¹⁷ Aunque ésta fue la corriente doctrinal dominante durante mucho tiempo, como lo indica GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, pág. 117.

¹¹⁸ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 24.

¹¹⁹ GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, *op. cit.*, págs. 118 y 119.

prueba de dolo o culpa, las que podrían perfectamente existir, pero sin que sea una circunstancia relevante, a diferencia del hecho objetivo de la ubicación del objeto¹²⁰.

En tanto, otro autor afirma que en esta acción lo que hay es una responsabilidad por culpa, la cual se encuentra presente en quien colocó la cosa en el lugar señalado por el edicto, sin importar quién haya sido, puesto que lo realmente importante es que haya sabido que el objeto estaba en ese lugar y en esa posición, existiendo negligencia de su parte en caso de no hacer nada por remediar esa situación¹²¹.

Mi parecer se inclina por apoyar esta segunda opinión, por cuanto es lógico que si se trataba de una acción de prevención, destinada a sancionar a quien creara un riesgo, debe existir negligencia en el actuar de aquel que, desprevenida o imprudentemente, coloca un objeto de tal forma que se haga merecedor de la aplicación de la multa correspondiente. Mi opinión es que debe haber culpa de su parte y que esa forma de responsabilidad es la que contempla ese edicto.

4.1.3. ETAPA DEL DERECHO INTERMEDIO Y LOS PROYECTOS DE CODIFICACIÓN

Ya en el ámbito del Derecho español, y como lo señala TOMÁS MARTÍNEZ¹²², en el Derecho visigodo no existen rastros de estas acciones y debemos acudir a las Partidas de Alfonso X para encontrarnos nuevamente con ellas. Específicamente, se trata de la Partida Séptima, dedicada a temas penales, en que se regulan estas acciones, que contiene una normativa casi idéntica a la del Derecho Romano, sobre todo en lo que se refiere a la *actio de effusis vel deiectis*, puesto que en lo que se refiere a la *actio de positis vel suspensis* se introduce una novedad importante: su ámbito de aplicación se reduce, al circunscribirla exclusivamente a

¹²⁰ En el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pág. 269.

¹²¹ WALLINGA, “Effusia vel deiecta...”, *op. cit.*, pág. 910.

¹²² TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del habitator...”, *op. cit.*, pág. 857.

cosas que se cuelgan o suspenden en el ejercicio de algún comercio o industria¹²³. Decía la normativa de Alfonso X, “*echan los omes a las vegadas de las casas donde moran, de fuera en la calle agua, o huessos, o otras cosas semejantes; e maguer aquellos que las echan non lo fazen con intención de fazer mal, pero si acaesciese, que aquello que assi echassen fiziesse daño, o en paños, o en ropa de otros, tenudos son de lo pechar doblado los que en la casa moran. E si por aventura, aquello que assi echassen matasse algun ome, tenudo es el que mora en la casa de pechar cincuenta maraudeis de oro; la meytad a los herederos del muerto, e la otra meytad a la Camara del Rey; porque son en culpa, echano alguna cosa en la calle por do passan los omes, de que puede venir daño a otri. E si muchos omes morassen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuuiesen alogada, o emprestada, todos se so vno son tenudos de pechar el daño, si non supiesen ciertamente qual era aquel por quien vino. Pero si lo supiesen, el solo es tenudo de fazer emienda dello, e non los otros. E si entre aquellos que morassen cotidianamente en la casa, ouiesse alguno que fuesse huesped, aquel non es tenudo de pechar ninguna cosa en la enmienda del daño que assi acaesciese; fueras ende, si el mesmo lo ouiesse fecho*”¹²⁴.

De esta manera, la normativa alfonsina respetó en casi todas sus partes el modelo romano, sin perjuicio, como ya hemos dicho, de la incorporación de algunos aportes originales y propios a ambos tipos de *actio*¹²⁵. Respecto a lo que a nuestro tema incumbe, nos parece muy importante señalar que, al igual que lo hacía el edicto *de effusis*, esta partida establece lo que actualmente denominaríamos responsabilidad colectiva como forma de solución al problema de imputación que se originaría en caso de haber sido varios los ocupantes de la vivienda desde donde se

¹²³ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 27. Específicamente se trata del caso de los hospederos que colgaban cosas en la puerta de su posada, como podía ser un letrero.

¹²⁴ Leyes XXV y XXVI, TítuloXVI.

¹²⁵ Como por ejemplo, el abandono de la responsabilidad objetiva que se podía observar en los edictos *de effusis* y *de positis* para pasar a exigir la culpa del sujeto responsable, como se desprende de la expresión “porque son en culpa, echando alguna cosa en la calle...”. RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 27. Sin embargo, TOMÁS MARTÍNEZ piensa que la responsabilidad que en este caso establecían las Partidas era objetiva, y que con la remisión a la culpa lo que se buscaba era recalcar que al morador de la casa le era imputable el daño por el solo hecho de producirse (“La responsabilidad del habitator...”, *op. cit.*, pág. 859).

arrojó el objeto dañoso, sin que se supiera quién había sido el autor de tal acto. Así, como sostuve que el edicto *de effusis* constituye un primer antecedente histórico de esta forma de responsabilidad, me atrevo a decir que éste es el primer dato que nos proporciona la historia del Derecho español para desentrañar la aplicación que ha tenido esta fórmula como vía de solución al problema del daño causado por miembro indeterminado de un grupo en España.

Con posterioridad, y ya en la época de las codificaciones, pleno siglo XIX, y hasta donde tuvieron toda su vigencia las Partidas, los diversos proyectos de Código civil planteados en España hacían alusión en alguno de sus artículos al daño causado por cosas que caen o se arrojan desde un edificio e imponían una obligación de resarcimiento por él.

Los Proyectos de 1836 (artículo 1865) y de 1851 (artículo 1904) integraron esta figura de una manera fiel a la tradición romana. Así, el primero de ellos estipulaba que “el que habita una casa es responsable de los perjuicios que cause, cayendo de ella cualquier cuerpo sólido o líquido, ya sea arrojado voluntariamente, ya desprendido por negligencia o falta de seguridad”, con lo que se establecía un régimen de responsabilidad que no era completamente objetivo, puesto que, si bien quien habitaba la casa debía responder por el perjuicio causado, lo hacía cuando previamente había existido un hecho doloso o negligente por parte del autor material¹²⁶.

Por su parte, el artículo 1904 del Proyecto de García Goyena de 1851 se encargaba de disponer que “todo el que habita como principal una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación”.

¹²⁶ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 33, y TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del habitador...”, *op. cit.*, pág. 859.

Sin lugar a dudas, de haber prosperado el proyecto que el eminente jurista había diseñado y se hubiese mantenido intacto su artículo 1904, hubiésemos tenido una regulación del daño causado por miembro indeterminado de grupo, a través de su párrafo segundo, en caso de existir varias personas que habitasen la casa como “principal”. Cabe precisar que si bien la disposición utiliza la expresión “mancomunadamente”, hoy en día existe consenso entre los autores en cuanto a que en realidad el autor del texto quiso referirse a la solidaridad, ya que el artículo 1056 del Proyecto establecía que la mancomunidad entre deudores existe cuando dos o más personas se obligan a una misma cosa, de modo que ésta pueda exigirse en su totalidad de cada uno de ellos¹²⁷. Tomando en cuenta esta precisión, llegamos a la conclusión que este artículo constituyó el primer intento de abrir una puerta a la responsabilidad colectiva como consecuencia de este tipo de daño en una época como lo fue la de los procesos de codificación en España, mucho más reciente que aquella en que fueron redactadas las Partidas. Además, el artículo reproducía la regulación del edicto *de effusis* para el caso de una multiplicidad de habitantes, consistente en la condena solidaria de todos ellos, cosa que había sido olvidada por los autores del Proyecto de 1836.

Finalmente, el Anteproyecto de 1882-1889 se encargó de reproducir la norma que ya se contenía en el Proyecto de García Goyena de 1851, pero modificándola, y por ende alterando la regla pretoriana, al suprimir la solidaridad como forma de responsabilidad en caso de existir múltiples moradores de la vivienda o edificio¹²⁸. Es decir, la omisión en que se había incurrido en el Proyecto de 1836 y que se había subsanado en el Proyecto de García Goyena, se repite en el Anteproyecto y posteriormente en el definitivo Código civil, como ya tendremos oportunidad de analizar.

¹²⁷ Por todos, RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 34.

¹²⁸ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 34.

4.2. EL ARTÍCULO 1910 DEL CÓDIGO CIVIL

El texto de este artículo es el siguiente: “El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”. El precepto nos remite claramente al supuesto de hecho que justificaba la *actio effusis vel deiectis*, consistente en el daño provocado por un objeto que cae o es arrojado desde una casa.

De acuerdo a este artículo, el que responde es “el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella”, por lo arrojado o caído desde la vivienda de que se trate. Originariamente la expresión “cabeza de familia” no era la que iba a ser utilizada en este artículo. La edición del Código civil de 1888 hablaba de quien “habita a título principal”, pero en la segunda edición del Código, publicada en 1889, el artículo emplea la redacción actual. Se ha dicho que esta modificación fue meramente formal y que su intención no fue otra que acomodar este artículo a la idea de jefatura doméstica que informaba el Código y que reposaba en el cabeza de familia (marido), encargado de la organización patrimonial de la familia¹²⁹, pero hoy en día deberíamos considerarla como una mención anacrónica, desde el momento que esta noción ha desaparecido de la moderna concepción de familia y se entiende que el gobierno familiar es compartido por marido y mujer¹³⁰. La expresión “cabeza de familia”, por lo tanto, se entiende más bien como una forma de identificar a una persona determinada como responsable del daño y corresponde a quien encabeza el grupo que habite la vivienda o la parte de ella desde donde cae o se arroja la cosa¹³¹.

¹²⁹ TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del habitador...”, *op. cit.*, pág. 862. La autora contrapone su opinión a la de GIMÉNEZ-CANDELA, para quien esta modificación constituye una transformación de la responsabilidad objetiva del *haborator* en el Derecho Romano a una nueva forma de responsabilidad del cabeza de familia por acto de tercero (*Los llamados cuasidelitos*, ob. citada, pág. 160, nota 19).

¹³⁰ DE ÁNGEL, Ricardo, “Comentario del artículo 1910 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 2053, y DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Editorial Tecnos, pág. 573.

¹³¹ RAMOS MAESTRE, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

La jurisprudencia también ha entendido de esta forma la expresión “cabeza de familia”, desechando cualquier relación entre este concepto y la figura del marido en forma exclusiva, como lo demuestra la STS de fecha 6 de abril de 2001 (RJ2001/3636) al definir al cabeza de familia de la siguiente manera: “...al que, por cualquier título, habita una vivienda, como personaje «principal» de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole...”.

El concepto que utiliza la resolución excluye toda referencia a un género determinado, por lo que el “cabeza de familia” puede ser hombre o mujer, así como incluye a todo grupo de personas que moren en la vivienda, aunque no se encuentre unido por vínculos o lazos familiares.

Pero lo realmente importante es “el dato de habitar en una casa o parte de ella”¹³², y esta acción de habitar no se limita al propietario, sino que incluye a cualquier persona o grupo que tiene algún derecho de uso o goce de la vivienda, sea una o varias personas naturales o jurídicas, excluyendo a quienes tengan una relación transitoria con el inmueble, como podrían serlo los huéspedes de un hotel o visitas o invitados de un grupo familiar, por ejemplo¹³³.

Corresponde aclarar que la expresión “vivienda” con la que nos referimos al lugar desde donde cae o se arroja un objeto, no alude al inmueble destinado solamente a servir de morada a una o varias personas, sino que incluye cualquier edificio destinado a la realización de una actividad, ya sea ésta doméstica, comercial, industrial o de cualquiera otra índole¹³⁴, sea que se encuentre construido o en proceso de construcción. ALBALADEJO es de la opinión que en la situación de cosas que caen o se arrojan desde un lugar elevado que no es un local habitado,

¹³² RAMOS MAESTRE, *op. cit.*, pág. 43.

¹³³ RAMOS MAESTRE, *op. cit.*, pág. 51.

¹³⁴ DE ÁNGEL, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2053, y SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1999, pág. 372. En el ámbito jurisprudencial, la STS de 26 de junio de 1993 (RJ 1993/5383) resuelve el caso de daños causados en un bar por filtraciones de agua provenientes de una clínica dental; y la STS de 21 de mayo de 2001 (RJ 2001/6464) hace lo mismo por daños causados al arrojar un objeto al interior de una discoteca.

como podría serlo un andamio o un poste, no es aplicable el artículo 1910, sino que debe recurrirse a las regla general del artículo 1902 o al régimen especial de responsabilidad civil pertinente al caso (ej., responsabilidad del empleador por el hecho de un dependiente).¹³⁵

En definitiva, la idea de “cabeza de familia”, en el sentido que se utiliza en el artículo 1910, puede aplicarse, como lo expresa SALANOVA¹³⁶, a la persona o personas que, amparadas en título jurídico o de hecho, usan con carácter habitual la vivienda de la que procede el objeto dañoso y dirigen y controlan lo que en ella ocurre. De la misma manera lo ha entendido la jurisprudencia¹³⁷. En caso de que el cabeza de familia sea más de una persona, todos a quienes se pueda atribuir ese carácter responderán solidariamente por los daños causados¹³⁸.

Respecto a la clase de objeto arrojado o que cae, existe consenso en doctrina en cuanto a que puede tratarse de cualquier clase de objeto, sólido o líquido que caiga desde un edificio¹³⁹. La base de este criterio es que el artículo 1910 habla de “cosas que se caigan o se arrojen”, sin imponer limitaciones de ningún tipo. La jurisprudencia ha seguido este parecer, aplicando especialmente la regla que consagra la STS de 12 de abril de 1984 (RJ 1984/1954): “...las expresiones «se arrojaren o cayeren» en él empleadas (el artículo 1910) no constituyen «*numerus clausus*», razón por la cual pueden ser objeto de

¹³⁵ ALBALADEJO, Manuel, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, en *INIURIA, Revista de responsabilidad civil y seguro*, número 2, abril-junio 1994, pág. 32.

¹³⁶ SALANOVA VILLANUEVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, pág. 372.

¹³⁷ Por ejemplo, en la STS de 4 de diciembre de 2007 (8128/2007).

¹³⁸¹³⁸ ALBALADEJO, Manuel. “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 18. Cabe destacar que esta solución que propone el autor se basa en los criterios que al respecto sigue la jurisprudencia mayoritaria en España respecto a daños causados por una pluralidad de individuos, puesto que es bien conocida la reticencia del eminente jurista a esta fórmula de responsabilidad. Asimismo, afirma que en caso de morar varias personas en un inmueble en pie de igualdad y vinculadas por una mera relación de hecho (como puede ser un piso de estudiantes), todas ellas deben ser consideradas cabeza de familia, con la consecuente responsabilidad común, y que en caso de que una de ellas tenga un rol superior, a esa persona se debe considerar cabeza de familia para los efectos del artículo 1910. De esta línea es también el pensamiento de Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Aranzadi, 2001, pág. 2136.

¹³⁹ Por todos, ALBALADEJO, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 32; y RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, págs. 65 y 66.

interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que originados dentro del límite ambiental en él determinado, pueden causar daño o perjuicio...”.

De este modo, el criterio jurisprudencial es amplio y abierto, comprensivo de toda clase de cosas sólidas, líquidas y llegando a incluir (sorprendentemente) a personas¹⁴⁰. Sin embargo, los autores¹⁴¹ se encargan de precisar que los objetos que caen no pueden formar parte del mismo edificio (trozos de madera, cornisas o tejas), porque en este caso se trataría de un supuesto de ruina del edificio en cuestión, cuyo régimen de responsabilidad por daños regula el Código civil de forma especial en el artículo 1907, si ella se produce por falta de reparaciones, o en el artículo 1909, cuando provenga de defectos de construcción. La cosa que cae desde la vivienda debe ser un elemento extraño a la edificación, en consecuencia¹⁴².

Sin embargo, la opinión anterior no siempre ha encontrado eco en la jurisprudencia, ámbito al que pertenece la STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989/5297). Esta resolución condenó al inquilino de un inmueble, en su calidad de cabeza de familia, al pago de una indemnización reclamada por los padres de una niña muerta a consecuencia de las graves heridas que le causó la caída desde el piso

¹⁴⁰ Se trata de la renombrada STS de fecha 12 de marzo de 1975, que condenó a la Diputación de Granada al pago de una indemnización por daños morales y materiales por el fallecimiento de una persona que murió al caer sobre él un paciente demente que se arrojó por una ventana del hospital del cual la Diputación es propietaria. La condena se basó en una comprensión amplia de este artículo, al entender el Tribunal Supremo que no era procedente distinguir entre objeto o persona al no poder reputarse a ésta como tercero ajeno a la esfera del Hospital, por tratarse de un enfermo internado. Al comentar esta sentencia, el profesor Mariano YZQUIERDO TOLSADA ha dicho: “Pero lo que no puedo compartir (es más, parece una broma de mal gusto) es que el precepto se aplique para el caso de la responsabilidad del hospital por la caída de un enfermo mental...la sentencia...declaró que el artículo 1910 hace responder al ocupante por *lo que* caiga, curiosa forma pronominal gracias a la cual no procede “hacer distinción entre objeto o persona”, cosa que produce algún escalofrío”. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 313.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 573; PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2136; y SALANOVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, págs. 383 y 384.

¹⁴² A menos, me parece, que ese elemento integrante de la edificación fuese desprendido *ex profeso* con el fin de arrojarlo. A propósito de esta opinión de la doctrina, es útil mencionar la STS de 7 de diciembre de 2006 (1303/2006), la que resolvió el caso de la caída del campanario de la iglesia de Murla, en la Comunidad Valenciana, que provocó la muerte de dos personas. Los daños atribuidos a los demandados (Arzobispado de Valencia, Parroquia de la Iglesia y Ayuntamiento de Murla) no se imputaron por la vía del artículo 1910, aunque cabe señalar que los demandantes invocaron en su presentación el artículo 1902 del Código civil.

ocupado por aquél, de trozos de cristal pertenecientes a una ventana, en el momento en que circulaba por la calle a la que da el edificio. A su vez, el cristal de esa ventana, que se encontraba abierta, se rompió por el fuerte golpe que produjo una corriente de aire causada por otra ventana del mismo piso, también abierta. El fundamento legal de la sentencia es el artículo 1910, a partir de daños causados por un objeto (trozos de cristal) que ha caído desde una vivienda. La verdad es que un estudio inicial del artículo puede llevar a considerarlo como fundamento del asunto sometido a la decisión del Tribunal. Pero, como ya hemos dicho, el desprendimiento de objetos que forman parte de un inmueble, de forma tal que constituye un todo, y que llega a causar un daño, es una hipótesis que ha sido tratada especialmente por el Código civil en disposiciones específicas, los artículos 1907 y 1909. Si existe tal regulación, la aplicación del artículo 1910 debe desecharse, no por la naturaleza del objeto dañoso, que como ya he indicado, es indiferente en el supuesto de este artículo, sino por la situación de ese objeto, como integrante de una construcción destinada a diversos fines.

Finalmente, las acciones que tipifica el artículo 1910 consisten en “caer o ser arrojada una cosa”. RAMOS MAESTRE¹⁴³ resalta la diferencia existente entre estas acciones, caer o arrojar, y la regulación que de esta figura hacía la Partida VII, que utilizaba la expresión “echar”, la cual podría hacer pensar en daños causados únicamente por artefactos lanzados por una persona, excluyendo aquellos que caen por la sola operatividad de la ley de gravedad.

Por lo tanto, las acciones a considerar son dos: “arrojar”, es decir, el hecho de que alguien lance un objeto, lo cual implica voluntad para la realización de ese acto; y “caer”, referida a objetos que se precipitan sin que exista una acción humana que detone tal acontecimiento. En ambos casos, la tipificación de estas acciones presupone que el objeto ha sido colocado en los límites ambientales de la vivienda y a una altura superior a aquella en que se encuentra con

¹⁴³ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, op. cit., pág. 64.

posterioridad a la caída, aunque sea mínima, puesto que, de lo contrario, tal caída no existiría realmente¹⁴⁴.

ALBALADEJO¹⁴⁵ hace una llamativa aportación sobre este punto, puesto que, en su opinión, la interpretación amplia que hace la doctrina de este artículo, y que consagra la jurisprudencia en resoluciones como la ya mencionada STS de 12 de abril de 1984, permite aplicar del artículo 1910 no sólo a estrictas hipótesis de caída o lanzamiento de una cosa, sino también a situaciones en que la cosa se extienda al mismo nivel (como la inundación de un piso que se extiende al contiguo, penetrando bajo la puerta de entrada) o si se trata de una cosa que asciende, causando un daño (como pudiera ser una emanación gaseosa tóxica). Lo cierto es que, a pesar de lo autorizado que es el pensamiento del profesor ALBALADEJO, soy de la opinión de que este parecer lleva la aplicación del artículo 1910 a terrenos que están bastante más allá de los que el codificador tuvo en vista. Ya he dicho que el objetivo de este artículo, que es el mismo que fundamentó sus antecedentes históricos, las *actio effusis vel deiectis* y *positis vel suspensis*, consiste en la protección de quienes transitan por lugares donde pueden ser alcanzados por objetos que caen o son arrojados desde viviendas o edificios destinados a fines análogos. Así, cualquier interpretación amplia debe tener como referencia esta finalidad y respetar el ámbito que enmarca la disposición a fin de no desvirtuarla. Partiendo de esta piedra angular, me parece que debe ser desecheda la sugerencia de incluir en el artículo 1910 los daños causados por cosas que se extienden a un mismo nivel desde donde se encuentran, por cuanto ellas realmente no “caen”, sino que se desplazan a una misma altura.

Menos atendible aún me parece la idea de aplicar el régimen de responsabilidad del artículo 1910 a los casos de cuerpos que “ascienden”, como pueden serlo sustancias gaseosas, por cuanto se aleja totalmente del espíritu de la disposición al proponer su extensión a la hipótesis inversa a la contemplada (la caída

¹⁴⁴ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 65.

¹⁴⁵ ALBALADEJO, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 34; también en ese sentido, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 312.

de algo desde un lugar elevado). Tanto en este caso, como en el anteriormente mencionado, debería aplicarse el régimen general del artículo 1902 u otro particular, dependiendo del supuesto concreto.

4.2.1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1910

Un aspecto fundamental del estudio del artículo 1910 y sobre el cual no hay unánime criterio en las opiniones vertidas, es el del carácter de la responsabilidad que establece ese artículo. Como es lógico, la claridad en este punto es de suma importancia, puesto que la opción por un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva será determinante al momento de resolver las diversas hipótesis que puedan presentarse en la práctica y que sean encuadrables en la disposición en estudio.

Es casi innecesario recordar que el Código civil establece un sistema de responsabilidad extracontractual basado en la idea de la culpa, siguiendo la tendencia imperante en el siglo XIX sobre esta materia, a la cabeza del cual se encuentra el artículo 1902, que tiene un carácter genérico desde el momento que es aplicable a todas aquellas situaciones no reconducibles a otras disposiciones que el Código contempla para casos especiales. Dentro de estas disposiciones particulares se encuentra, como hemos venido diciendo, el artículo 1910, aplicable a un caso concreto: el daño causado por una cosa que cae o es arrojada desde una casa.

Estos casos específicos de responsabilidad previstos por el codificador presentan entre sus características distintivas el que no requieren para el surgimiento de responsabilidad de la concurrencia de todos los requisitos que para ello exige el artículo 1902¹⁴⁶. Así, puede faltar la culpa en el responsable, o incluso el nexo causal entre el hecho de éste y el daño. Si el artículo 1910 puede ser incluido en este grupo, es algo que analizaremos a continuación.

¹⁴⁶ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, op. cit., pág. 55.

La opinión que podemos calificar de mayoritaria dentro de la doctrina científica española se inclina por considerar al artículo 1910 como un caso de responsabilidad objetiva¹⁴⁷. Podemos señalar como argumentos que dan respaldo a esta opinión, los siguientes:

- El artículo 1910 establece la responsabilidad del cabeza de familia prescindiendo completamente de la participación que éste haya tenido en la caída del objeto. Su responsabilidad nace de su carácter de cabeza de familia y no de si ha mediado o no culpa de su parte en la verificación del suceso dañoso. Esto ha hecho señalar a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que en el caso de este artículo debe prescindirse de la culpa.
- El artículo 1910, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1903, no permite al cabeza de familia exonerarse de responsabilidad probando que su actuación ha sido del todo diligente y la identidad del autor material del hecho.
- Finalmente, podemos agregar la opinión de BATLLE VÁSQUEZ¹⁴⁸, quien ha dicho que si en el artículo 1910 se exigiera el requisito de la culpa, se concluiría que es un precepto redundante e innecesario, por cuanto el evento dañoso que él contiene sería reconducible al artículo 1902, al contener soluciones idénticas ambos artículos; y, además, porque al cabeza de familia le sería aplicable el artículo 1903, que regula la responsabilidad por hecho ajeno. Precisemos que el artículo 1902 sería aplicable en caso de producirse la caída del objeto por culpa o negligencia del propio cabeza de familia o de una persona por quien éste no debe

¹⁴⁷ Dentro de este grupo podemos incluir a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 573; SANTOS BRIZ, Jaime, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, pág. 658; PEÑA LÓPEZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2136, y “Comentario de la STS de 21 de mayo de 2001”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre de 2001, número 57, págs. 863 y ss.; BATLLE VÁSQUEZ, Manuel, “Los daños causados por filtración o caída de líquidos y el artículo 1910 del Código civil”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-63, págs. 7 y 8; ROCA Y TRÍAS, *Derecho de daños...*, pág. 228; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Volumen II, Bosch, 1983, pág. 128; REGLERO CAMPOS, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002, pág. 178; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Editorial Aranzadi, 1972, pág. 110; y LACRUZ, José Luis, *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, Editorial Bosch, 1995, pág. 533.

¹⁴⁸ BATLLE VÁSQUEZ, “Los daños causados por filtración o caída de líquidos...”, *op. cit.*, pág. 8.

responder; en tanto que el artículo 1903 se aplicaría al caso de caer o ser arrojada la cosa por alguien de quien responde ese cabeza de familia.

Si la responsabilidad es objetiva, entonces surgen dos consecuencias importantes: por una parte, la víctima queda liberada de la carga de probar la culpa del cabeza de familia y el autor material del daño¹⁴⁹, y por otra el cabeza de familia no puede exonerarse del pago de la indemnización, por más que compruebe que ha actuado en todas las circunstancias de forma diligente. Consecuencias éstas que no son más que los efectos propios de la dinámica de la responsabilidad objetiva.

La misma opinión comparte de manera prácticamente unánime la jurisprudencia. La importante sentencia de 12 de abril de 1984 (RJ 1958) señaló muy categóricamente que el artículo 1910, “...ofrece según estima con acierto un muy considerable sector de la doctrina científica española, juntamente con los arts. 1905 y 1908 núm. 3.º, clara muestra de la denominada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo» aun cuando constituya en realidad una obligación legal de indemnizar (art. 1090 del C. Civ.) razón por la cual, es evidente que el hecho de mediar o no culpa por parte de la recurrente no impide su deber de resarcir a quien sufrió el daño, sin perjuicio, claro es, de su derecho a repetir sobre quién pudiere haber sido el causante directo del mismo.”¹⁵⁰.

Otro ejemplo lo tenemos en la STS de 5 de julio de 1989, la que, en palabras de DE ANGEL, “contiene una radical formulación de la responsabilidad por riesgo, y en concreto por el uso de las cosas”¹⁵¹. Esta afirmación

¹⁴⁹ Sin perjuicio, por supuesto, de la facultad del dañado de dirigir su acción directamente en contra del causante de la caída o lanzamiento del objeto en caso de considerarlo pertinente y, especialmente, en caso de conocer su identidad. En una hipótesis así, la disposición que debería invocarse como fundamento de la pretensión resarcitoria sería el artículo 1902. En ese sentido, BORREL MACIÁ, Antonio, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Editorial Bosch, 1942, pág. 218, y SANTOS BRIZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 658.

¹⁵⁰ ALBALADEJO precisa que la responsabilidad objetiva es una obligación legal de indemnizar, por cuanto el deber de indemnizar surge porque lo establece la ley a cargo de quien ocupa la vivienda por el hecho de haberse causado un daño al caer algo desde ella. En “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 21.

¹⁵¹ DE ÁNGEL, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2054.

se explica por el argumento empleado por el Tribunal Supremo, para el cual, “*si el daño deriva del uso o contacto con las cosas, el autor/dueño de esas cosas debe responder como si estuviesen las mismas vivificadas y fuesen las causantes de aquel daño*”¹⁵².

Criterios a favor de la responsabilidad objetiva que demuestran la claridad con que el Tribunal piensa en esta materia las encontramos en las sentencias de 20 de abril de 1993 (384/1993) y 26 de junio del mismo año (655/1993), las que reproducen de manera prácticamente exacta los dichos de las STS ya comentadas.

Una segunda opinión, que cuenta también con numerosos y prestigiosos seguidores, y que ha sido esbozada principalmente por PANTALEÓN¹⁵³, es la que sostiene que, si bien existe una responsabilidad objetiva en la regulación del artículo 1910, ésta debe entenderse no en el sentido de que no exista culpa en el actuar de alguien, sino que esa culpa no es necesaria en el cabeza de familia, quien es en definitiva el responsable. El fundamento de este parecer se encuentra en el rechazo de PANTALEÓN a la idea de que el artículo 1910 establezca una responsabilidad desvinculada de toda idea de culpa. En opinión de este autor, este precepto “presupone al menos una acción u omisión objetivamente

¹⁵² Recordemos que esta sentencia falló el caso, ya mencionado, de la muerte de una niña a causa de las lesiones que le causó un trozo de cristal que cayó desde un piso, producto de la rotura de la ventana de la cual ese cristal formaba parte y como consecuencia de una corriente de aire que la azotó. A pesar del criterio objetivista que expresa el Tribunal Supremo en esta sentencia, lo cierto es que también hace referencia a la conducta negligente del cabeza de familia, aún cuando ella sea leve, por su descuido al permitir que las ventanas permanecieran abiertas y se formaran las corrientes de aire que terminaron por destrozar una de ellas, con tristes consecuencias. Esto ha hecho que ALBALADEJO critique severamente la STS, por considerar que no resuelve el problema de la objetividad o subjetividad del artículo 1910, ya que al considerar que hay un trasfondo negligente en el hecho dañoso, las consecuencias de éste debían ser de todas maneras indemnizadas, aunque no se tratase de un caso de responsabilidad objetiva (“La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 18).

¹⁵³ PANTALEÓN, Fernando, “Comentario de la STS de 12 de abril de 1984”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Número 5, abril/agosto de 1984, págs. 1609 y 1610. Entre quienes opinan de forma similar a este autor podemos citar a Cristina FUENTESECA, “El artículo 1910 del Código Civil es aplicable a los daños negligentes causados por cosas que se arrojaran o cayeren dentro de un recinto (discoteca) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001)”, en *Actualidad Civil*, Número 45, diciembre de 2001; SALANOVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, pág. 371; DE ÁNGEL, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 2053; e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 313.

negligente, bien del cabeza de familia, bien...de cualquiera otra persona que conviva o esté transitoriamente...en la vivienda”¹⁵⁴. En otras palabras, la responsabilidad es objetiva porque no se exige culpa en el cabeza de familia para que nazca su responsabilidad, pero siempre va a haber tras su condena el hecho negligente de un tercero o incluso del propio cabeza de familia. Como bien lo resume el propio PANTALEÓN, se podría decir que el artículo 1910 consagra una responsabilidad objetiva, pero en el entendido que se trata de una responsabilidad objetiva por hecho *negligente* de un tercero¹⁵⁵.

SALANOVA¹⁵⁶, además de confesar su plena adhesión a la postura de PANTALEÓN, la complementa, distinguiendo si la cosa cae o es arrojada por negligencia del propio cabeza de familia, caso que correspondería a una forma de responsabilidad por hecho propio, perfectamente reconducible al artículo 1902; o si la caída del objeto es consecuencia de un actuar imprudente de un tercero, en que la responsabilidad del cabeza de familia sería por hecho ajeno, independientemente de si hubo de su parte o no culpa *in vigilando*, y que sería un autentico caso de responsabilidad objetiva, puesto que no le serviría de nada probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño, puesto que esta actividad no tendría ningún efecto exoneratorio.

El tercer punto de vista respecto a la naturaleza de la responsabilidad del cabeza de familia que establece el artículo 1910, niega la posibilidad de que aquella pueda ser una forma de responsabilidad objetiva¹⁵⁷. Lo cierto es que se trata de una postura que no es mayoritaria, a pesar de contar con el respaldo de tratadistas de prestigio y tampoco cuenta con una consagración jurisprudencial categórica.

¹⁵⁴ PANTALEÓN, “Comentario de la STS de 12 de abril de 1984”, *op. cit.*, pág. 1610.

¹⁵⁵ Un respaldo jurisprudencial a esta idea propuesta por PANTALEÓN la podemos encontrar en la sentencia de 7 de marzo de 1995 de la Audiencia Provincial de Toledo, la que claramente afirma que “aun cuando esta responsabilidad presuponga en cierto modo una acción u omisión negligente de alguien, lo cierto es que su exigencia no aparece vinculada a la apreciación de culpa en el sujeto responsable”.

¹⁵⁶ SALANOVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas”, *op. cit.*, pág. 371.

¹⁵⁷ Por todos ellos, ALBALADEJO, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 23.

Para dar fundamento a esta visión, ALBALADEJO parte por desmentir la afirmación mayoritaria que atribuye carácter objetivo a la responsabilidad del cabeza de familia. Considera que esta afirmación solamente es válida en la medida que ella sea útil para esquivar dificultades probatorias, especialmente en los casos en que es completamente improbable la identificación del sujeto que es responsable por la caída del objeto. En situaciones como la descrita, el autor considera admisible que se presuma la responsabilidad del cabeza de familia, pero esa responsabilidad siempre se va a fundar en su culpa por hecho propio, o por culpa *in eligendo* o *in vigilando* respecto del actuar de otras personas. Sin embargo, en caso de ser comprobada la identidad del preciso autor y que el cabeza de familia no ha tenido intervención alguna en la caída de la cosa, considera que ya no podría sostenerse que éste deba seguir siendo considerado responsable.

En primer lugar, ALBALADEJO es de la opinión que el sistema de responsabilidad civil de los artículos 1902 y siguientes del Código civil no permiten concluir que el artículo 1910 consagre una fórmula de responsabilidad objetiva, por cuanto las otras disposiciones de ese sistema, dentro de las que se contextualiza el artículo 1910, no establecen la responsabilidad objetiva, al permitir que los inicialmente declarados responsables por un hecho ilícito puedan eximirse en caso de comprobar que han actuado con la debida diligencia o que ha habido intervención de fuerza mayor. Si este contexto en el cual se inserta el artículo 1910, afirma este autor, no es proclive a la responsabilidad objetiva, tampoco tendría por qué serlo esa disposición, la que en realidad impone una responsabilidad simplemente estimada inicialmente o presunta para si no se prueba que la causa del daño fue otra o que ésta procedió de caso fortuito o fuerza mayor o, finalmente, es ajena por completo al imputado.

Por otra parte, razona este tratadista, existen casos prácticos en que una cosa caída o arrojada provoca daños que sería exagerado atribuir al cabeza de familia, como el resuelto por la STS de 5 de julio de 1989, en que el perjuicio, heridas mortales a una niña, fue producto de la caída de cristales de una ventana rota

debido a fuertes corrientes de aire. Situaciones como esta no debieran echarse sobre la espalda del cabeza de familia, salvo que éste fuera culpable de algún modo por comisión u omisión, con la salvedad que en este caso podría serle aplicable la regla general del artículo 1902, si se trata de un actuación propia, o el artículo 1903, si la actividad corresponde a alguien por quien el cabeza de familia debe responder.

En definitiva, la conclusión a la que arriba ALBALADEJO es que el artículo 1910 establece, “no una responsabilidad objetiva, sino sólo la presunción de que el cabeza de familia es el autor culpable del hecho dañoso, mientras que no se demuestre que se debe a otra causa”¹⁵⁸. Se trataría de una presunción de culpabilidad basada en circunstancias iniciales, susceptible de ser desvirtuada en la medida que se acredite la identidad del verdadero responsable de la caída del objeto o una vez que el cabeza de familia logre comprobar su actuar diligente en el hecho.

De este modo, he reseñado y descrito cuáles son las tendencias que se observan en doctrina acerca de la naturaleza de la responsabilidad establecida por el artículo 1910. Para definir mi parecer acerca de este aspecto del análisis del precepto, creo necesario distinguir previamente entre la definición del tipo de responsabilidad que, a mi juicio, establece el artículo 1910, por una parte, y la que me parece más prudente y equitativa, en atención a las características del supuesto de hecho regulado por aquél, por otra.

A mi juicio, la opinión mayoritaria, tanto en doctrina como jurisprudencia, inclinada por considerar la responsabilidad del cabeza de familia como objetiva, es la correcta, así como las argumentaciones invocadas y que enumeré anteriormente. En primer lugar, la sola y simple lectura del artículo hace llegar a una conclusión de esa entidad, por cuanto responsabiliza directamente al cabeza de familia por ostentar esa calidad; me parece que la rotundidad del precepto no deja espacio para muchas especulaciones. Pero este elemento literal no se diluye si realizamos un análisis más profundo. Así, si nos remitimos a los antecedentes

¹⁵⁸ ALBALADEJO, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 34.

históricos de la disposición, que ya hemos estudiado, podemos observar que existe consenso entre los romanistas que hemos citado que las *actio effusis vel deiectis y de positis vel suspensis* establecían un régimen correspondiente a la moderna responsabilidad objetiva, pasando con esas mismas características a las Siete Partidas y posteriormente al proceso de codificación que desembocó en el actual Código civil. Si el codificador no alteró sustancialmente la mecánica de estas acciones al traspasarlas al Código en el artículo 1910, no veo inconveniente en considerar que ellas mantienen su carácter objetivo y que en tal sentido deben ser interpretadas.

Asimismo, me parece especialmente reveladora y contundente la justificación de BATTLE, a la que ya he hecho alusión, y que se apoya en la razón de ser y de ubicación que tiene el artículo 1910 dentro del Código civil, y más específicamente dentro del sistema de responsabilidad extracontractual que éste contiene. Como ya dijimos, siguiendo a este autor, si considerásemos que el régimen de responsabilidad del cabeza de familia fuese subjetivo, concluiríamos que si la caída del objeto se debiese a negligencia del propio cabeza de familia o de un tercero por quien aquél no debe responder, la situación sería reconducible a la regla general del artículo 1902, en tanto que esa reconducción sería al artículo 1903 si es que la caída es atribuible a alguien por quien el cabeza de familia es responsable. Cualquiera que sea el caso, tendríamos que estimar al artículo 1910 como redundante, por cuanto los supuestos que regula siempre quedarían englobados en otra disposición. Y como acertadamente lo sostiene BATTLE, “...no cabe suponer que el legislador haya querido repetir preceptos. La letra de estos artículos es diferente, sus hipótesis son distintas, y no puede entenderse como casual y mecánica la inclusión del artículo 1910, que, antes al contrario, fue reflexiva y fruto de la meditación de los autores del Código”¹⁵⁹.

Por lo mismo, me es difícil entender la postura de autores como ALBALADEJO y SALANOVA, quienes son contrarios a considerar al artículo

¹⁵⁹ BATTLE, “Los daños causado por filtración o caída de líquidos...”, *op. cit.*, pág. 8.

1910 como un caso de responsabilidad objetiva, y que parecen reconocer que la dinámica de reconducción que anteriormente describí sería una consecuencia lógica y natural de la aplicación del precepto, con lo que, me parece, están aceptando tácitamente el carácter redundante e innecesario que puede tener este artículo si se le interpreta de la forma que estos mismos autores proponen. La verdad es que la inclusión del artículo 1910 en el sistema de responsabilidad extracontractual del Código civil no puede ser arbitraria o circunstancial, o fruto de un simple error del codificador; mas bien debe entenderse que su sentido es regular una hipótesis especial y diferente a través de criterios propios y que se ha querido reglamentar de esa manera por motivaciones particulares que el legislador tuvo en cuenta.

Tampoco quiero dejar de hacerme cargo de la opinión de PANTALEÓN, quien sostiene, como ya se dijo, que la responsabilidad del artículo 1910 es objetiva por el hecho negligente de un tercero, es decir, es objetiva porque no requiere ni exige culpa en el cabeza de familia, pero no se desvincula completamente de la idea de culpa desde el momento que existe un hecho negligente de ese cabeza de familia o de un tercero que causa la caída del objeto. En su opinión, el precepto presupone una acción u omisión negligente, por lo que no procede alejar la culpa de la responsabilidad atribuida al cabeza de familia.

Mi crítica a la opinión del distinguido jurista no se basa en que ella sea equívoca, por cuanto la idea de que exista un hecho culposo detrás de la caída dañosa de un objeto me parece perfectamente posible, sino porque ella me suena parcial y no toma en cuenta las características distintivas de la responsabilidad objetiva. Como lo he dicho, no es mi afán negar que el cabeza de familia se vea obligado a responder por un hecho culposo, propio o de otra persona, que causa la caída de un objeto de modo tal que provoca un daño. Es una posibilidad que no debe dejarse de lado. Lo que sucede es que, opino, se trata de una circunstancia que, en definitiva, carece de real importancia. Si observamos la esencia de la responsabilidad objetiva, nos percataremos que el responsable debe asumir la carga indemnizatoria en virtud del daño causado, aunque no haya existido culpa en el hecho generador del daño, por cuanto basta que éste se produzca para que la

responsabilidad aparezca. En el fondo, lo cierto es que la presencia de la culpa no sólo no es necesaria para el nacimiento de la responsabilidad objetiva, sino que, sostengo, el hecho que ella exista realmente no importa, es un dato que no tiene relevancia para el nacimiento de la responsabilidad, la que va a surgir por la sola presencia del daño.

Con este antecedente a la vista, podemos concluir que la opinión de PANTALEÓN se basa en un dato innecesario y, por lo mismo, el que exista o no culpa en el supuesto del artículo 1910 viene a dar exactamente lo mismo, desde el momento en que el cabeza de familia tiene que responder por el solo daño producido. Creo que tras cualquier supuesto de responsabilidad objetiva puede haber un hecho culposo atribuible al propio responsable, a alguien por quien éste debe responder o por un tercero, y no por eso va a dejar de ser un caso de responsabilidad objetiva, donde ésta nace por el solo daño, o como dice PANTALEÓN a propósito del artículo 1910, sea una “responsabilidad objetiva por hecho de tercero”¹⁶⁰. La responsabilidad objetiva tiene ese carácter por verificarse el perjuicio, sin apellidos provenientes de distinciones surgidas de casos concretos¹⁶¹.

Como consecuencia lógica de lo anterior, creo que las opiniones de ALBALADEJO y SALANOVA a que ya he hecho alusión, en que se pretende diferenciar entre la actuación del cabeza de familia, de una persona por quien éste debe responder o de un tercero, para determinar quien debe responder, son inconducentes, ya que, en primer lugar, el sentido del precepto es que el cabeza de

¹⁶⁰ Si, por ejemplo, se produce un accidente en una instalación nuclear, de acuerdo a la Ley de 24 de abril de 1964, el explotador de la instalación nuclear deberá responder por todos los daños y perjuicios causados, y su responsabilidad será objetiva aunque el accidente se haya debido a la negligencia de alguno de sus operarios. El que esa culpa haya existido no va a alterar la naturaleza de la responsabilidad del explotador, por cuanto no interesa, a los efectos de la Ley, que haya habido o no culpa en algún individuo vinculado a la instalación.

¹⁶¹ Me parece interesante mencionar la opinión de SANTOS BRIZ, quien ha descrito a la responsabilidad emanada del artículo 1910 como una “responsabilidad por riesgo y a veces meramente objetiva, ya que es suficiente que caiga una cosa colocada, aun con diligencia, para que haya de responderse por los daños causados por su caída” (“Comentario del artículo 1910”, *op. cit.*, pág. 658). La referencia a la diligencia como una eventual causal de exoneración demuestra que este autor también excluye las ideas de culpa o diligencia como elementos determinantes para el nacimiento de la responsabilidad del cabeza de familia. Incluso encuadra al artículo 1910 dentro de la responsabilidad objetiva, aún reconociendo que siempre existe una actuación remotamente voluntaria del responsable, lo que confirma el poco valor que este autor le da a esa circunstancia.

familia responde siempre por el daño y, en segundo lugar, el que éste se haya debido a negligencia de alguna persona, quienquiera que haya sido, no va a producir variaciones en ese régimen de responsabilidad. Además de lo criticable que me parece su elaboración por la razón que ya he planteado, relativa a la sistemática en que se encuentra inserto el artículo 1910.

Sin embargo, y como lo anticipé al inicio de la exposición de mi toma de posición sobre este tema, la identificación del artículo 1910 con la responsabilidad objetiva es una conclusión que defiendo, porque estoy convencido que necesariamente se llega a ella a partir de un estudio en detalle del mismo, pero no necesariamente corresponde con la que sería la solución más adecuada al problema. En ese sentido, coincido con ALBALADEJO cuando afirma que la aplicación de la letra del artículo 1910 en un sentido objetivo puede llevar a soluciones exageradas en ciertos casos¹⁶², donde el cabeza de familia no tiene en realidad ninguna vinculación con los hechos causantes del daño y en los que, a pesar de ello, no va a poder deshacerse de la carga de responsabilidad. La gama de posibilidades de caída de un objeto desde un sitio elevado a causa de factores externos es muy numerosa (corrientes de aire, circunstancias climáticas, acción descuidada o dolosa de terceros), y no podrán ser siempre previstas por el cabeza de familia o controladas por éste, a pesar de una escrupulosa diligencia. No puede graficar más claramente esta idea el caso de la STS de 5 de julio de 1989, al que ya he hecho alusión, relativo a la menor muerta a causa de cristales caídos desde un piso y que procedían de una ventana rota a causa de una fuertísima corriente de aire, provocada por otra ventana que se encontraba abierta. Tan doméstica conducta, me parece, jamás fue anticipada por el arrendatario del piso, ni aún remotamente, como origen de un hecho tan desgraciado¹⁶³.

Por otra parte, incluir en la redacción del artículo una instancia de liberación de responsabilidad para el cabeza de familia transformaría a este

¹⁶² ALBALADEJO, “La responsabilidad civil del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁶³ Al respecto DE ÁNGEL ha dicho que en este caso en particular podría haberse estimado la posibilidad de considerar a la corriente de aire como un caso fortuito (“Comentario del artículo 1905 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 1991, pág. 2040).

precepto en una pieza del sistema de responsabilidad del Código integrada de manera mucho más armónica con el resto de sus componentes, al contener una regulación similar a la empleada en los artículos 1903 a 1909.

Por las razones expuestas es que me parecería más equitativo que el artículo 1910 contemplara la posibilidad de que el cabeza de familia fuese eximido de toda responsabilidad en el hecho que provoca la caída del objeto, si es que logra probar que no ha tenido responsabilidad alguna en ese incidente, que ha actuado con toda la diligencia necesaria encaminada a evitarlo o que conoce la identidad de la persona que arrojó la cosa o que contribuyó dolosa o negligentemente a su caída¹⁶⁴, no pudiendo eludir las consecuencias del precepto si la caída sobreviene por el hecho de alguien respecto de quien es responsable *in eligendo* o *in vigilando*, y sin perjuicio de la alegación del caso fortuito, si es que la caída se debe un hecho de esa naturaleza. Es decir, considero más adecuado que el artículo 1910 fuese una presunción de culpa susceptible de ser desvirtuada a través de la prueba contraria, antes que una forma de responsabilidad sin culpa. De ese modo se evitarían numerosas injusticias provenientes de una aplicación demasiado rigurosa de una forma de responsabilidad como es la objetiva, más procedente en otro tipo de actividades y circunstancias que aquellas que pretende englobar el artículo 1910.

4.2.2. APLICACIONES ESPECIALES DEL ARTÍCULO 1910

En general, se considera que el supuesto y los requisitos de este artículo no deben ser interpretados en forma restringida, sino que de la forma más amplia posible. Ya hemos hecho mención de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 1984, donde se señala que “...*las expresiones utilizadas en este artículo pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos*

¹⁶⁴ En consonancia con su visión del artículo 1910, ALBALADEJO considera que sí es posible que el cabeza de familia se exima de responsabilidad, si es que prueba que la caída de la cosa se produjo a causa de un caso fortuito o de fuerza mayor, o porque el hecho no le es imputable ni a él ni a aquellos por quienes debe responder, sino que a un tercero (“La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 31). Como ya lo he expuesto, mi opinión es que esta posibilidad no la conceden ni

que, originados dentro del límite ambiental en él determinado, pueden causar daño o perjuicio...”, a la que se puede agregar la exigencia de tener en vista la finalidad y sentido del artículo. Esto posibilita un entendimiento flexible de los presupuestos del artículo 1910, como los que hemos visto más arriba, y que permiten incluir supuestos que, en primera instancia, resultan más dudosos, como la situación de cosas que caen o se arrojan dentro de las dependencias de la vivienda o los patios interiores de un edificio, o casos como el de la caída de nieve acumulada en las techumbres.

De forma tangencial me he referido a un par de situaciones dudosas, como son el caso de los daños causados por los trozos de una ventana rota por corrientes de aire y el supuesto del paciente que se arrojó desde la ventana de un hospital. Ahora nos preocuparemos un poco más en detalle de dos hipótesis de daño, el provocado por filtraciones o caídas de líquidos y el causado por un objeto arrojado dentro de un recinto, por tratarse la primera de estas hipótesis de una figura de frecuente ocurrencia, sobre todo en el ámbito de la relaciones domésticas y vecinales, y la segunda por ser la posibilidad de daño encuadrable en el artículo 1910 de más reciente aceptación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4.2.2.1. DAÑOS CAUSADOS POR FILTRACIONES O CAÍDAS DE LÍQUIDOS

Como ya se ha dicho, el agua es uno de los posibles objetos que pueden caer o ser arrojados desde un edificio, causando daños a un transeúnte y poner en acción el mecanismo del artículo 1910. Es un aspecto que no ocasiona mayores cuestionamientos y que se ha entendido de este modo desde los tiempos de las *actio effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*. Sin embargo, en los hechos las dudas aparecen cuando el flujo de agua no se traslada desde lo alto de una vivienda hacia el exterior de ésta, sino que se filtra desde una ubicación determinada de la construcción a través de su estructura, llegando hasta otras dependencias del mismo

el texto del artículo 1910 ni su espíritu, sin perjuicio de apoyar la conveniencia de conceder al cabeza de familia la posibilidad de demostrar su inocencia.

edificio. La inquietud nace al momento de producirse daños a esas dependencias, y si es admisible aplicar en este caso el sistema del artículo 1910.

El problema es particularmente interesante en tiempos en que el auge de la construcción y la necesidad de aprovechamiento de los terrenos ha generalizado y masificado los edificios de pisos como forma normal de vivienda, en los que la relación de convivencia cercana y permanente entre vecinos puede ser fuente pródiga de conflictos. Una de esas posibles fuentes es la rotura de conductos o recipientes de líquidos, que se desplacen a viviendas ubicadas bajo aquella en la que se encuentran tales artefactos, o la utilización incorrecta, defectuosa o irresponsable de los mismos. Si los daños son de una entidad tolerable por el afectado, lo más probable es que las reglas de buena vecindad se impongan y lleven a los interesados a un arreglo satisfactorio. Pero cuando la magnitud del evento es tal que no es posible o querible una solución amistosa, el asunto deberá solucionarse por los tribunales de acuerdo a las reglas de la responsabilidad civil, si ellas son pertinentes.

Lo primero que debemos aclarar y puntualizar es que la posibilidad de acomodar la caída de líquidos desde plantas o pisos superiores a los inferiores en el supuesto de hecho del artículo 1910 es generalmente aceptada por la doctrina española, la que no pone mayores reparos a que el cabeza de familia pueda verse compelido a responder civilmente por la filtración de líquidos provenientes de su casa, o de la parte del edificio que él habita¹⁶⁵. Lo que es muy importante, porque a estas alturas podemos afirmar categóricamente que el artículo 1910 es aplicable, debido al sentido amplio con que es interpretado actualmente en doctrina y jurisprudencia¹⁶⁶, a los daños causados por filtraciones de líquidos en general. El

¹⁶⁵ SALANOVA puntualiza que a primera vista no debería incluirse esta hipótesis en el artículo 1910, ya que sus antecedentes históricos no dan lugar para pensar de este modo. En efecto, según la autora la *actio effusis vel deiectis* y la de *positis vel suspensis* eran medidas de policía cuyo objetivo era salvaguardar el libre y seguro tránsito por las calles y, por lo tanto, presuponían que lo lanzado o caído lo era hacia al exterior, hacia la vía pública, y no hacia el interior de los edificios (“Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, págs. 386 y 387).

¹⁶⁶ Se menciona como la sentencia que introduce esta idea en la jurisprudencia española a la ya citada STS de 12 de abril de 1984 (RJ 1958), que amplió la aplicación del artículo 1910 a esta clase de eventos bajo la idea que las expresiones “se arrojaran o causaren” no constituyen *numerus clausus*,

consenso empieza a debilitarse cuando se trata de determinar en qué circunstancias se aplicará el artículo 1910 y bajo qué condiciones nacerá la responsabilidad del cabeza de familia, puesto que no todos los autores piensan que éste deba responder por cualquier filtración líquida que llegue a causar daños a sus vecinos.

Un primer posible camino a seguir es el de la aplicación en términos estrictos del artículo 1910, entendido como una manifestación de la responsabilidad objetiva, que es la forma en que lo interpreta la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia españolas, según ya lo hemos expresado. Optar por esta vía implica sostener que por cada daño producido a causa de filtraciones de agua provenientes de un piso superior el cabeza de familia que habita esa parte del edificio será responsable frente al afectado, sin consideración a otras variables, como podría ser la rotura de cañerías por una defectuosa instalación por parte de la empresa constructora del edificio, o la destrucción de éstas por la escasa o nula mantenimiento a cargo del dueño del piso¹⁶⁷. Y, por un asunto de consecuencia con la postura que ya he expresado en relación a la forma de responsabilidad que inspira el artículo 1910, no se puede llegar a otra conclusión, que es la misma que pueden apoyar autores que comparten esa visión del precepto¹⁶⁸.

Dentro de la jurisprudencia encontramos decisiones que se orientan según este criterio. Así, la STS de 20 de abril de 1993 (RJ 3103) condenó al cabeza de la familia que habitaba el piso superior al pago de una indemnización por daños causados en el piso inmediatamente inferior, por una inundación provocada por la rotura del latiguillo o tubo exterior que, desde la pared del cuarto de baño del piso superior, unía la red general de aguas con uno de los grifos del bidé del inferior. Justificaba la sentencia esta decisión señalando que, “...*han de incluirse en el*

por lo que su interpretación debe ser amplia. Más recientemente, la doctrina en estudio ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de diciembre de 2006 (1336/2006).

¹⁶⁷ Recordemos que el propietario de la vivienda no responde por los daños que causan cosas caídas o arrojadas desde ella si es que no tiene, al mismo tiempo, la calidad de cabeza de la familia que habita esa vivienda.

¹⁶⁸ Especialmente BATLLE, en “Los daños causados por filtración y caída de líquidos...”, *op. cit.*, pág. 7, donde expone su rechazo a la solución del problema de filtraciones a través de la fórmula general del artículo 1902, por considerarlo un obstáculo a las pretensiones del dañado, quien se vería en la obligación de probar la culpa del cabeza de familia, y manifiesta su preferencia por el artículo 1910, “...que prescinde de la prueba de la culpa estableciendo lisa y llanamente la responsabilidad objetiva”.

*artículo 1910 tanto las cosas sólidas, como los líquidos que, de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas*¹⁶⁹.

Similar razonamiento utilizó la STS de 26 de junio de 1993 (RJ 5383) para disponer la condena al ocupante de una clínica dental ubicada en un piso superior por la rotura de una tubería que significó el anegamiento de un gimnasio instalado en la planta inferior. Y la propia resolución del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1984 (RJ 1958), estableció la obligación del demandado de pagar una indemnización por daños causados a la actora por filtraciones de agua procedentes de grifos que habían sido dejados abiertos por obreros que realizaban reparaciones en el piso que ella habitaba, encontrándose ausente la ocupante¹⁷⁰.

En todos estos casos el Tribunal Supremo acude al artículo 1910, invocando su calidad de precepto portador de un sistema de responsabilidad objetiva, en el que no cabe la exoneración del cabeza de familia en base a la alegación de que las inundaciones se produjeron por causas ajenas a su voluntad, como puede ser el mal estado del sistema de cañerías, al no haberse realizado la debida mantención por el propietario del piso. Es suficiente, por tanto, que el afectado pruebe que ha sufrido daños y que éstos han sido causados por una inundación que proviene desde el piso ubicado sobre el que ocupa y en el cual el demandado tiene el papel de cabeza de familia.

La otra visión que se ha venido imponiendo entre algunos tratadistas tiende a aceptar que se aplique a estas filtraciones el artículo 1910, pero no a cualquiera, sino a aquellas que tengan su origen exclusivo en un acto de cualquier individuo que ocupe en forma permanente o transitoria la vivienda desde

¹⁶⁹ En este caso en concreto, fue también elemento determinante para condenar al cabeza de familia el hecho de que éste era arrendatario del piso y que no dio conocimiento de la avería la propietario; aunque también la sentencia deja constancia que ésta se produjo de manera imprevisible y en horas de la noche, lo que dificultó a ese arrendatario la detección del desperfecto.

¹⁷⁰ Otras resoluciones que comparten este criterio, pero provenientes del ámbito de las Audiencias Provinciales, son las dictadas por la Audiencia Provincial de Almería, de 17 de marzo de 1993, y por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de abril de 1995 (RJ 4132).

donde proviene la filtración, sea el propio cabeza de familia u otra persona que se encuentre en la vivienda¹⁷¹. Es decir, la regla del artículo 1910 será aplicable únicamente en situaciones de daños imputables a una actuación u omisión exclusiva de algún individuo ocupante de la parte del edificio desde donde nace la filtración, como sería, a título de ejemplo, el dejar descuidadamente abierto un grifo antes de salir del piso que se habita, o hacer un incorrecto uso de las instalaciones de la vivienda¹⁷².

Respecto de otras situaciones de filtración de líquidos, cuyo origen no corresponda al que acabamos de mencionar, algunos autores¹⁷³ hacen la siguiente distinción:

1.- Si la causa de la filtración es el mal estado de conservación de las instalaciones de fontanería de la vivienda, debido a que el propietario de ella no ha realizado las reparaciones adecuadas para asegurar su mantenimiento, la obtención de la indemnización por los daños debería buscarse a través del artículo 1907, siempre que ese estado de deterioro sea conocido por el dueño del piso¹⁷⁴.

¹⁷¹ Como SALANOVA no es partidaria del carácter objetivo del artículo 1910, tal como hemos visto, hace en este punto una precisión: si el acto negligente proviene del cabeza de familia, la situación es perfectamente reconducible al artículo 1902, por existir identidad entre la situación de hecho y la *ratio* del precepto, sin necesidad de acudir al artículo 1910. En tanto, respecto del hecho de una tercera persona sí cabe la responsabilidad del cabeza de familia, por aplicación del artículo 1910, pero únicamente para el caso que no fuese posible averiguar la identidad del responsable, puesto que si ésta fuese conocida deberíamos regresar al artículo 1902. De todos modos, el razonamiento siempre debe girar a la sanción de un acto culposo, que no sería otro que el proceder de alguna persona que ocupa la vivienda desde donde proviene la filtración (“Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, págs. 388 y 389). Sobre los criterios y fundamentos que esgrime la autora ya nos hemos pronunciado, rechazándolos.

¹⁷² En este sentido PANTALEÓN, para quien “...debe afirmarse que están a cargo del cabeza de familia los daños por filtraciones de agua procedentes de su vivienda que se hayan producido por dejar grifos abiertos. Pero no las que se hayan producido por roturas o reventones *fortuitos* de grifos, cañerías...Falta respecto a estas últimas la identidad de razón con los supuestos típicamente contemplados por el legislador en el artículo 1910, necesaria para que este precepto pueda serles aplicado analógicamente” (“Comentario a la sentencia de 12 de abril de 1984”, *op. cit.*, pág. 1611).

¹⁷³ Entre los que podemos mencionar a ALBALADEJO, “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 32 a 34; PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Miguel Pasquau Liaño, coordinador, Granada, 2000, pág. 3364; RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, págs. 73 a 75; y SALANOVA, “Responsabilidad por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, págs. 388 a 394.

¹⁷⁴ STS de 10 de noviembre de 1993 (RJ 8957).

Lo anterior será válido en las situaciones en que la tubería o conducto se encuentre dentro del área de pertenencia exclusiva de la vivienda, de tal modo que sea su dueño el único llamado a ser responsable por su mantención. Porque, si se trata de daños a instalaciones que forman parte de la red común del edificio, el legitimado pasivo de la acción no podrá ser otro que la comunidad de propietarios, en su calidad de responsable directo de velar por el buen estado de los elementos que sean comunes a todas las dependencias del inmueble.

A nivel de la jurisprudencia, la idea de aplicar la regla del artículo 1907 a daños causados por inundaciones no ha sido especialmente acogida, aún cuando la posibilidad no ha sido enteramente desechada¹⁷⁵. Sí se ha condenado más frecuentemente al propietario de una vivienda por filtraciones de agua emanadas desde las tuberías pertenecientes a aquella exclusivamente, pero en virtud del artículo 1902. La STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 2052) expresó que esta tubería, “...padeció una fuga con ocasión de la ausencia larga de los propietarios, quienes no adoptaron la precaución de cerrar la llave de paso de suministro y a tales hechos y omisión de diligencia (cierre de llaves y conservación de cañerías) hay que anudarles los daños producidos”.

Es decir, la resolución considera que la desidia de los propietarios al momento de velar por la adecuada mantención de las cañerías de su vivienda, constituye una forma de actuación negligente, encuadrable y sancionable de acuerdo a la regla general del artículo 1902, y no de otra forma.

También se ha llegado a condenar a una comunidad de propietarios por los daños causados por estas filtraciones o inundaciones, pero el matiz viene dado en este caso por la pertenencia de las instalaciones deterioradas al edificio en general, a la red de cañerías pertenecientes al sistema general del

¹⁷⁵ La STS de 3 de abril de 1996 (RJ 2880) clausura la posibilidad de aplicar este precepto y su concepto de ruina a “los daños causados por inundación consecvente con una obstrucción de tuberías que, en su caso, habría de reconducirse al art. 1902”. A pesar de ello, han adoptado al artículo 1907 como precepto base de responsabilidad la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 1994 (Ar. Civ. 1842) y la SAP de Mallorca de 10 de julio de 1992 (RGD 1993, pág. 890).

inmueble, y a cuyo cargo se encuentra la respectiva comunidad¹⁷⁶. La absolución del dueño del piso viene dada por serle ajena la responsabilidad sobre las tuberías que son de propiedad compartida por todos los habitantes del edificio, y respecto de las cuales el cuidado y mantención corre por cuenta de la propia comunidad.

2.- Como segunda alternativa se menciona al caso de filtraciones debidas a vicios o defectos en la edificación misma. La responsabilidad en este caso recaería en el constructor o arquitecto del edificio, por aplicación del artículo 1909 del Código civil, de manera que la prueba de que la obstrucción de desagües o la rotura de las tuberías de conducción de agua por la baja calidad de los elementos utilizados en su armazón, por ejemplo, se han debido a una falla de construcción, la acción deberá dirigirse contra alguno de esos agentes, o contra ambos, según sea la circunstancia, y dentro de los plazos decenales¹⁷⁷.

Ciertos fallos han acogido la idea de encauzar la responsabilidad por daños de esta naturaleza a través del artículo 1909, como por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 10 de julio de 1992¹⁷⁸, la que señala que, “...*si la rotura de una cañería o de cualquier elemento conductor de aguas es debida a defectos de construcción, la responsabilidad se atribuye al constructor ejecutor de la obra; y se presume la existencia de tal defecto de construcción, cuanto menos, si el defecto se presenta dentro del plazo de garantía legal...*”¹⁷⁹.

3.- Finalmente, un tercer camino a considerar consiste en sancionar estas filtraciones o inundaciones de acuerdo a la regla general del artículo

¹⁷⁶ STS de 16 de octubre de 1989 (RJ 2880) y SSAP de Madrid de 28 de septiembre de 1994 y de Valencia de 27 de mayo de 1996 (Ar. Civ., 1996, 1020).

¹⁷⁷ ALBALADEJO entiende que esta causal se aplica de forma general a toda clase de daños causados por desprendimientos de partes del edificio que caen, tales como cornisas, balcones o tuberías desde donde brotan líquidos (“La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, págs. 33 y 34).

¹⁷⁸ Bases de Datos de Colex.

¹⁷⁹ RAMOS MAESTRE excluye de esta regulación al caso en que las filtraciones surgen a partir de anomalías en las reparaciones efectuadas por el demandado con posterioridad a la entrega y ocupación de la vivienda, e invoca en apoyo de este pensamiento la SAT de Barcelona de 24 de enero de 1984 (Revista Jurídica de Catalunya, 1984, 100), que discurre de manera similar (*La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 75).

1902, independientemente de la causa que las produzca. Sea que haya un acto negligente, una obra mal construida o instalada, o porque el responsable de la vigilancia y mantención del entramado de tuberías ha hecho abandono de este deber o lo ha postergado, siempre la búsqueda de responsabilidad se llevará a cabo por la senda del artículo 1902. Cierta jurisprudencia se ha inclinado por esta opción, como la ya aludida STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 2365)¹⁸⁰.

Las distinciones que se han expuesto corresponden a propuestas hechas por ciertos autores, con la finalidad de precisar el campo de aplicación del artículo 1910 y reservarlo de manera especial para hipótesis en que el desplazamiento de líquidos depende, por alguna razón, del actuar de algún individuo situado en la esfera de control del cabeza de familia que habita una vivienda, sea él mismo u otra persona. Como las filtraciones que se producen por no repararse las tuberías de una vivienda individual o de la conexión común del edificio, o por que éstas fueron mal construidas o instaladas, no dependen del comportamiento diligente del cabeza de familia, ellas no podrían serle atribuidas y el sujeto responsable debería buscarse a través del encuadramiento del caso en el supuesto de hecho de otros preceptos. Este criterio de la doctrina ha tenido eco en cierta jurisprudencia, a la que hemos hecho alusión en los casos pertinentes, siendo especialmente gráfica la SAP de Palma de Mallorca de 10 de julio de 1992 (RGD 1993, pág. 890), que demarca claramente los diversos tipos de filtración y el régimen que debería serles aplicable, al señalar que, *“el constructor o ejecutor de una obra refaccionaria responde del defecto de construcción; el propietario debe hacer frente a la rotura por simple envejecimiento; al arrendatario, en fin, le toca el mal uso de los elementos conductores de agua (por ejemplo, si alguien se deja el grifo abierto)”*. En el caso concreto, se condenó al propietario de un inmueble a causa de filtraciones ocasionadas por la rotura del conductor de agua que unía al bidé con la red general, las que eran conocidas por el arrendatario que ocupaba la vivienda quien, a su vez, comunicó la situación al dueño del piso, el que no tomó las medidas necesarias para la subsanación del problema, lo que motivó su posterior condena.

¹⁸⁰ STS de 26 de mayo de 1976 (RJ 2365) y SAP de Toledo de 6 de marzo de 1995 (Ar. Civ. 527).

La verdad es que me parece rescatable la intención de los autores y magistrados que han buscado sistematizar las diferentes posibilidades que la casuística ofrece respecto a este tipo de siniestros y aplicar a cada una de ellas una normativa especial, que se encuadre de la mejor manera posible al caso concreto. Sin embargo, no puedo dejar de manifestar mi discrepancia con los resultados a que se arriba con esa labor, puesto que, me parece, lo único que se logra es desnaturalizar el artículo 1910 y su objetivo. Como ya he señalado, este precepto contiene un caso de responsabilidad objetiva, por el cual existe un sujeto, el cabeza de familia, que se ve obligado a responder por daños ocasionados por cosas que caen o son arrojadas desde la vivienda, o la parte de ella que ocupa. Se trata de un artículo que delinea un supuesto de hecho y un responsable por los daños causados, sin hacer distinciones de ninguna especie, por lo que cualquiera otra interpretación por la cual se proceda a establecer diferenciaciones que lleven a excluir su aplicación en ciertos eventos, va en contra de la voluntad del legislador y del sentido del que se quiso dotar al artículo 1910. Esta norma busca el resarcimiento de perjuicios causados por sucesos de frecuente acaecimiento en las relaciones de vecindad y en los que la prueba de su origen puede presentar un grado añadido de dificultad para la víctima¹⁸¹. Intentar restringir los casos subsumibles en el artículo 1910 no es más que un desconocimiento a su clara naturaleza.

Por otra parte, en esta materia son más válidas que nunca las apreciaciones de BATLLE en relación con lo ilógico que sería resolver la hipótesis de daños causados por filtraciones a través de artículos diversos al 1910, y que ya hemos visto¹⁸². Si concluyéramos, siguiendo a los tratadistas que así lo propugnan, que los artículos 1902, 1907 y 1909 son los preceptos que resuelven los diversos

¹⁸¹ “...corrientemente la prueba reviste extremada dificultad, porque el hecho productor se verificó en el interior de un hogar en que sólo excepcionalmente puede penetrar un extraño, lo cual determina la posibilidad de que el productor del daño enmascare las causas, por ejemplo simulando averías en las conducciones, como pueden ser agrietamientos en las soldaduras, picados en las cañerías u otras fáciles de aparentar y que hagan pensar en el caso fortuito excluyente de la culpa o pueda también fácilmente hacer desaparecer la causa del daño, sin dejar vestigios de la situación anterior, por ejemplo sustituyendo el depósito agrietado que usaba con perjuicio de su vecino, tan pronto como tenga noticia de la reclamación de éste y antes de que una diligencia de reconocimiento judicial ponga en evidencia su falta” (BATLLE, “Los daños causados por filtración o caída de líquidos...”, *op. cit.*, pág. 7).

¹⁸² BATLLE, “Los daños causados por filtración o caída de líquidos...”, *op. cit.*, pág. 8.

supuestos de filtraciones de líquidos, no nos quedaría otra alternativa que aceptar que el artículo 1910 tiene un mínimo margen de maniobra, reducido a los casos de filtraciones acaecidas por el descuido del propio cabeza de familia o alguna de las personas por quien éste debe responder. Y si tomamos en cuenta, siguiendo las ideas que niegan el carácter objetivo del artículo 1910, que esta última hipótesis podría reconducirse a los artículos 1902 y 1903, respectivamente, llegaríamos a la completa supresión de la utilidad del precepto en análisis, por tratarse de un artículo redundante y repetitivo, lo que, estoy seguro, al igual que BATLLE, no fue la intención original del codificador.

La que me parece la interpretación correcta, es aquella por la cual el artículo 1910 es aplicable a todos los supuestos de filtraciones de líquidos desde una vivienda superior, con independencia del motivo por el cual dicha filtración llegó a producirse -por no ser éste un elemento que sea considerado por la disposición para autorizar la petición de resarcimiento-, y de si hubo o no culpa en el sujeto causante del hecho que desencadena la filtración. Creo, además, que el artículo 1910 es un precepto que consagra una forma de responsabilidad objetiva para el cabeza de familia que habita la vivienda de donde procede la filtración, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra del verdader autor del hecho. Finalmente, estoy convencido que este pensamiento es el más acorde con la línea de opinión seguida por la más reciente jurisprudencia, que sostiene que este artículo consagra una forma de responsabilidad objetiva, que acepta su utilización respecto de casos de filtraciones de líquidos, y que mayoritariamente lo aplica a siniestros de esa clase, más allá de la razón que lo produjo¹⁸³. Lo que no es más que una moderna implementación de la *actio effusis vel deiectis*, tal como ella fue entendida en el Derecho Romano y cómo se trasladó posteriormente a las Partidas¹⁸⁴.

¹⁸³ Todo ello sin dejar de lado mi parecer acerca de cuál sería la fórmula más recomendable para solucionar este tipo de hipótesis y que ya hice ver al momento de analizar la naturaleza de la responsabilidad contenida en el artículo 1910, el que me parece perfectamente sostenible en esta materia.

¹⁸⁴ Comentarios en este sentido se pueden encontrar en la obra de BATLLE, “Los daños causados por filtración o caída de líquidos...”, *op. cit.*, págs. 8 y ss.

4.2.2.2. DAÑOS CAUSADOS POR UNA COSA ARROJADA DENTRO DE UN RECINTO CERRADO

Ha quedado claro en lo que va de este análisis del artículo 1910, que la doctrina y la jurisprudencia españolas no ven inconvenientes en que los diferentes elementos que componen la regulación del supuesto de hecho sean interpretados de manera amplia y comprensiva de más situaciones que las que una lectura superficial podría proporcionar. Así, se dijo que la expresión “casa” no se limita solamente a las moradas destinadas a fines habitacionales, sino que alcanza a otro tipo de edificaciones, como oficinas o establecimientos comerciales; o que la expresión “cabeza de familia” no se refiere únicamente a quien tiene el papel de padre o madre dentro de un grupo familiar, por lo que su aplicación se extiende a todos aquellos individuos que en un grupo humano ostentan una posición de liderazgo o dirección.

Pues bien, dentro de esta tendencia inclusiva encontramos la aplicación del artículo 1910 a casos en los que no solamente hay caída de un objeto sólido desde la parte alta de un edificio hacia el exterior, sino también figuras como la de filtraciones de líquidos, recientemente analizada, o la que estudiaremos a continuación, relativa al caso de objetos que causan daños al ser arrojados dentro de un recinto. Particularmente me referiré al caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001 (RJ 6464).

La resolución resolvió el siguiente asunto. El demandante concurrió ante el Juez de Primera Instancia de Banyoles, reclamando la correspondiente indemnización por la pérdida total de su ojo derecho, acaecida a consecuencia del impacto del que fue víctima por medio de un objeto de vidrio que no se pudo determinar con precisión (vaso o cenicero) mientras bailaba en una discoteca de esa localidad. A pesar de quedar plenamente demostrado que el lanzamiento del objeto se produjo dentro del local, fue imposible llegar a comprobar su trayectoria, así como la identidad de la persona que lo arrojó y si este acto fue intencionado o producto de un descuido o negligencia. La demanda se fundamentó

en los artículos 1902 y 1903 del Código civil y se dirigió en contra del dueño de la discoteca, siendo acogida en primera instancia, pero no en razón de los preceptos invocados por el actor, sino por el artículo 1910, al entender el Juez de Primera Instancia que se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva o por riesgo¹⁸⁵.

La Audiencia Provincial de Girona siguió la tesis de la sentencia de primera instancia en cuanto a dar lugar a la indemnización solicitada por el demandante y condenó al dueño de la discoteca, pero la revocó en lo relativo a su fundamento, por cuanto consideró que éste eran los artículos 1902 y 1903, invocados en un principio por el actor, ya que habría existido negligencia de parte del demandado al no haber implementado un adecuado y eficaz sistema de recogida de vasos vacíos. Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la indemnización a favor de la víctima y dio la razón al Juez de Primera Instancia, al reconocer la aplicabilidad a este supuesto de la normativa del artículo 1910¹⁸⁶.

Las razones que llevaron al Tribunal Supremo a inclinarse por la solución del artículo 1910 al problema planteado por el demandante de Banyoles se encuentran expuestas en el fundamento quinto de la sentencia, que se expresa en los siguientes términos: *“El citado artículo 1910 que consideramos plenamente aplicable al caso, está pensado para situaciones que son homologables a la presente...Ya la actio de effusis vel deiectis...tenía un claro matiz objetivo, que recogieron las Leyes de Partidas y reprodujo, con mayor extensión en cuanto a su contenido-dada su redacción- el artículo 1910 del Código español que, en este extremo orilló la exclusión de tales normas del Código francés, y, por lo tanto, la necesidad del fundamento culposo, lo que, desde la perspectiva práctica, elimina la exigencia de prueba...El ‘supuesto de hecho’ anuda la responsabilidad al ‘cabeza*

¹⁸⁵ Criterio manifiestamente erróneo, en opinión de REGLERO CAMPOS (“El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos, coordinador, Aranzadi, 2002, pág. 286, nota 1 bis).

¹⁸⁶ Además del problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 1910 a este caso, esta sentencia también suscitó comentarios por el problema de si es o no pertinente que un juez resuelva una pretensión de responsabilidad extracontractual sobre la base de normas distintas de aquellas que fueron invocadas por el propio demandante. A pesar del indudable atractivo de este asunto, no me involucraré en él, al no ser pertinente con el objeto concreto de nuestro estudio, pero para este efecto

de familia' 'por los daños causados por las cosas que se arrojaran o cayeren de la casa que habita'. Y tal figura, se interpreta por la doctrina referida a la persona (o entidad) que como titular jurídico, utilice la vivienda o local y tiene el deber de controlar lo que ocurre en su recinto. Ninguna regla impone, además, que la cosa arrojada tenga necesariamente que proyectarse fuera del recinto, esto es, impactar en la calle o en casa o local vecino. Más bien, el buen sentido impone una solución acorde con la finalidad del precepto, protectora igualmente de los que están dentro del local en cuestión...”.

De este texto se pueden inferir las siguientes conclusiones, importantes para comprender el razonamiento del Tribunal Supremo en este caso, así como para todos aquellos en que la aplicación del artículo 1910 esté de por medio:

- El Tribunal considera que la responsabilidad del artículo 1910 es objetiva y llega a esa conclusión no sólo por el sentido mismo de la norma, sino también de sus orígenes históricos, a partir de la *actio effusis vel deiectis*.
- Se hace en este caso, como viene siendo la tendencia por lo menos desde 1984¹⁸⁷, una aplicación laxa de los conceptos que están involucrados en el artículo 1910. Por ser pertinente a la situación concreta, la sentencia se refiere al cabeza de familia, entendiéndolo también como aquel titular jurídico del uso de la vivienda o local.
- Lo que es más importante, sobre todo para el tema que nos interesa, es que la resolución concluye que no se deduce del artículo 1910 ninguna regla que imponga la aplicación exclusiva del precepto a hipótesis de objetos que caigan o sean arrojados hacia fuera de la vivienda o recinto en el que se encontraban ubicados. Es decir, de acuerdo al Tribunal Supremo, el artículo 1910 no exige

me remito al trabajo de Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario a la STS de 21 de mayo de 2001”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 57, octubre/diciembre de 2001, págs. 863 y ss.

¹⁸⁷ STS de 12 de abril de 1984 (RJ 1958), aunque no debemos olvidar la STS de 12 de marzo de 1975 (RJ 1798), que recurrió al artículo 1910 para establecer la responsabilidad por daños de un centro hospitalario por la caída de un enfermo mental que se arrojó desde una de sus dependencias, causando la muerte de una persona y dejando a otra con graves lesiones.

que el objeto necesariamente se proyecte hacia la calle o hacia otro recinto, distinto de aquel donde estaba su colocación primitiva¹⁸⁸. Esta idea es básica, por cuanto a través de ella se abre el camino para la extensión del supuesto del artículo 1910 a situaciones de daños causados por cosas arrojadas dentro de un mismo recinto¹⁸⁹.

Los dos primeros puntos son, desde mi punto de vista, materias dilucidadas. Por lo tanto, mi preocupación se centra en la idea final, que constituye la gran justificación para la resolución de esta hipótesis.

Lo que me llama poderosamente la atención es el presupuesto invocado para entender que este precepto es aplicable a casos de cosas arrojadas al interior de un recinto. En su fundamento quinto, cuyo texto ya he reproducido parcialmente, el Tribunal Supremo afirma que no existe una regla que limite la aplicación del artículo 1910 a cosas que caigan o se arrojen desde una vivienda al exterior. Por cierto, se trata de un razonamiento correcto, por cuanto la lectura del precepto no permite concluir que éste incluya una regla como aquella. Sin embargo, me parece que hubiese sido más adecuado por parte del Tribunal Supremo fundamentar de modo positivo su decisión de resolver el asunto en debate, señalando una regla por la cual el artículo 1910 afirmativamente debe regular esta clase de daños, en vez de llegar a esa conclusión argumentando que el precepto no lo prohíbe. Se trata de un argumento válido, pero la vía positiva hubiera sentado razonamientos más elaborados y precisos.

Lo anterior me parece especialmente necesario si tomamos en cuenta que la STS de 21 de mayo de 2001 establece una solución original desde el

¹⁸⁸ Decididamente en contra de este criterio y la aplicación analógica del artículo 1910 a esta clase de supuestos se manifiesta Virginia MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, págs. 277 y 278.

¹⁸⁹ Siguiendo con su postura crítica, MÚRTULA afirma que “hubiera sido más oportuno reconducir la solución jurídica del supuesto enjuiciado hacia la existencia del incumplimiento de la obligación de seguridad o el deber de protección que tiene el titular de la discoteca respecto de los clientes que se encuentran dentro de su recinto (art. 1.101 y ss. en relación con el art. 1.258 del C.c.), esto es, hacia las normas que regulan la responsabilidad derivada de una relación contractual...Normas que...nos llevan a objetivar igualmente la responsabilidad, pero eso sí, desde las reglas de la responsabilidad contractual” (*La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 278).

punto de vista histórico, es decir, a la luz de la finalidad que tradicionalmente se le ha atribuido a la *actio effusis vel deiectis*, antecedente inmediato del artículo 1910. Recordemos que el objetivo perseguido a través de esta acción era sancionar una conducta consistente en “verter líquidos..., arrojar objetos, desde edificios habitados, sobre los lugares de tránsito y estacionamientos ordinarios, ocasionando daños a los viandantes o a cualquier cosa existente en la calle”¹⁹⁰, es decir, su fundamento no era otro que “tratar de garantizar el tráfico viario, de modo que los transeúntes pudieran resarcirse de los daños ocasionados en sus personas o en sus bienes como consecuencia de los líquidos o sólidos arrojados desde las viviendas”¹⁹¹. Ya hemos visto que la misma finalidad cumplía en su incorporación a las Partidas¹⁹² y en el actual Código civil, así como en los proyectos que lo antecedieron¹⁹³. De modo que una interpretación como la que nos ofrece la sentencia en comento viene a romper ciertos esquemas que justificarían una argumentación más sólida y basada en la aplicabilidad del precepto a supuestos como el del litigio sometido a la decisión del Tribunal Supremo¹⁹⁴.

Hecha esta precisión, esencialmente formal, queda por encontrar un punto de acuerdo con el Tribunal Supremo, en orden a incluir el lanzamiento de objetos en un local cerrado dentro del catálogo de situaciones que puede llegar a ser de dominio del artículo 1910, y por qué. El punto de partida en esta parte del análisis debe ser la forma que según esta sentencia asume la responsabilidad del artículo 1910, la que no es otra que la responsabilidad objetiva, como se desprende del propio texto de la resolución, que en su fundamento cuarto habla de “...la teoría de la agravación del riesgo, cercana a la responsabilidad objetiva”; asimismo, hace una cita histórica, en su fundamento quinto, al recordar que la *actio effusis vel deiectis* tenía ese carácter. De modo que el Tribunal Supremo,

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ-ENNES, “Notas sobre el elemento objetivo del *effusum vel deiectum*”, *op. cit.*, pág. 690.

¹⁹¹ TOMÁS MARTÍNEZ, “La responsabilidad del *habitor...*”, *op. cit.*, pág. 855.

¹⁹² RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, pág. 26.

¹⁹³ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

¹⁹⁴ Claro que no se trata de una actualización antojadiza del artículo 1910. La sentencia se encarga de dejar en claro en su fundamento quinto la utilización del artículo 3.1 del Código, es decir, se tomó en cuenta la “necesidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma”.

en esta sentencia, parece continuar con la ya prácticamente consolidada opinión que reconoce en la figura del artículo 1910 a una clara manifestación de responsabilidad objetiva. Sobre este punto, no pienso ir más allá de la mención, por tratarse de una materia analizada y sobre la que ya he expresado mi opinión.

Sin embargo, entre los pocos autores que han analizado esta nueva jurisprudencia, FUENTESECA¹⁹⁵ hace ver que cuando la sentencia expresa que la responsabilidad del artículo 1910 es “cercana a la responsabilidad objetiva”, en realidad está dando a entender que no es un caso de responsabilidad objetiva propiamente tal, sino que una especial combinación de culpa y riesgo, lo que apoya además en el fundamento sexto de la resolución, que reconoce la existencia de una acción negligente de parte del propietario del local donde se produjo el incidente dañoso¹⁹⁶. La autora defiende la idea de que el artículo 1910 no constituye un caso manifiesto de responsabilidad objetiva, ya que tras él existe siempre una conducta negligente, que puede ser regulada tanto por esta disposición como por el artículo 1902, dependiendo de si en el hecho hay o no culpa del cabeza de familia. Sería, en el decir de YZQUIERDO TOLSADA. “una responsabilidad objetiva, mas no en el sentido tradicional del término, sino en el de presuponer la existencia de una acción u omisión culposa de alguien...”¹⁹⁷.

Como se puede observar, la naturaleza de la responsabilidad estampada en el artículo 1910 no es un tema pacífico, más aún si consideramos que otro analista de la STS de 21 de mayo de 2001, Fernando PEÑA LÓPEZ, es partidario del carácter objetivo del precepto¹⁹⁸.

¹⁹⁵ FUENTESECA, Cristina, “El artículo 1910 del Código Civil...”, *op. cit.*, pág. 1580.

¹⁹⁶ El fundamento sexto dice que “...la falta de identificación del culpable no excluye, dada la naturaleza de la acción, su carácter culpable, y la necesidad de repercutirla, conforme a los razonamientos ya expuestos sobre el titular de la discoteca en donde se produjo el suceso”. Esta acción es la no implementación de un adecuado servicio de recogida de vasos por parte del dueño de la discoteca.

¹⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 313.

¹⁹⁸ PEÑA LÓPEZ, “Comentario de la STS de 21 de mayo de 2001”, *op. cit.*, pág. 871.

Zanjada, desde mi perspectiva, la polémica en torno a la objetividad o subjetividad del artículo 1910, en relación a objetos arrojados dentro de un recinto, queda pendiente el tema de la legitimación de la decisión a la que llega el Tribunal Supremo, a la luz de la interpretación del artículo, y sobre todo, de sus principios inspiradores. Como más arriba he dicho, la sentencia de 21 de mayo de 2001 constituye una innovación del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del artículo 1910, puesto que lo utiliza para resolver situaciones de daños producidos por objetos arrojados dentro de un recinto cerrado, siendo que históricamente se la ha entendido como una disposición destinada a cubrir perjuicios originados por cosas que salen del ámbito espacial en el que se encuentran originalmente ubicadas. Desde ese punto de vista, creo que la interpretación que hace el Tribunal Supremo no constituye inicialmente una continuación estricta de la línea histórica iniciada con la *actio effusis vel deiectis*, sino que entra en campos que no son propios del precepto original ni de su idea inspiradora, trabajada en el Derecho Romano y continuada por las Partidas, hasta su actual consagración en el Código de 1889.

Sin embargo, queda claro que la incorporación de nuevos supuestos a la regulación del artículo 1910 tiene absoluto fundamento, puesto que, por una parte, no se trata sino de una adaptación de esta disposición a las nuevas formas de daño que se observan en la vida moderna, muchas de las cuales no pudieron ser vislumbradas por el codificador, como lo puede ser la masiva concurrencia de asistentes a centros de entretenimiento y ocio, de las cuales una discoteca es sólo un ejemplo. Por ello, la utilización del razonamiento del artículo 3.1 del Código civil no puede ser más afortunada y pertinente, a fin de aplicar el precepto a situaciones perfectamente homologables a la caída de objetos desde una vivienda.

Por otra parte, ya la jurisprudencia se había encargado de hacer su aportación a la mejor comprensión del artículo 1910 a través de resoluciones como la STS de 12 de abril de 1984 (RJ 1958), que propugnan un entendimiento amplio y extensivo de los supuestos del precepto, a fin de otorgarle flexibilidad y hacerlo aplicable a situaciones que están más allá de la letra estricta, pero que

guardan una indudable similitud con la figura central que aquel persigue reglamentar¹⁹⁹.

Por mi lado, no puedo dejar de manifestar mi simpatía por la solución que adopta el Tribunal Supremo y por la vocación que informa esta sentencia, ya que se trata sin duda de un esfuerzo por solucionar un evidente caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. La masiva presencia de asistentes al interior de la discoteca, reunidos de forma voluntaria y sin intención de llevar a cabo un ilícito, constituía un obstáculo para la identificación de la persona que arrojó el objeto que impactó a la víctima, causándole la pérdida de la vista. Sin embargo, tal circunstancia no constituyó un obstáculo para que se fallara que “...*la falta de identificación no excluye dada la naturaleza de la acción su carácter culpable, y la necesidad de repercutirla, ...sobre el titular de la discoteca donde se produjo el suceso*”. De haberse aplicado el artículo 1902 en puridad y el sistema de inversión de la carga probatoria, probablemente no se hubiese llegado a ninguna solución favorable al ofendido, por no permitirlo la imposibilidad de identificar al agente responsable y, por ende, la relación de causalidad. Al buscar una respuesta en el artículo 1910, el Tribunal Supremo privilegia el interés de la víctima, a fin de impedir la manifiesta injusticia que constituiría para ésta el no poder acceder a la justa indemnización por el solo hecho de no poder resolver un tema probatorio, lo que no es más que cumplir con las finalidades propias del Derecho de daños.

El principal problema al que se enfrenta el ofendido viene dado por el numeroso grupo de asistentes a la discoteca (más de un millar, según relata el

¹⁹⁹ De similar manera piensan los autores que han analizado con cierto detalle esta sentencia. Cristina FUENTESECA también recuerda que la intención original el artículo 1910 era establecer responsabilidades por la caída de objetos desde una vivienda hacia lugares de tránsito, público o privado. Sin embargo, considera que la adecuación del artículo a la moderna realidad social permite concluir que la finalidad perseguida es la protección de los transeúntes, cualquiera que sea la vía o lugar de paso, incluyendo a una discoteca (“El artículo 1910 del Código Civil...”, *op. cit.*, págs. 1589 y 1590). Asimismo, PEÑA LÓPEZ entiende que “la caída, desprendimiento o lanzamiento de cualquier objeto o sustancia desde cualquier lugar que por su entorno determine un riesgo de que se produzcan daños a terceros es susceptible de generar la responsabilidad del que tiene el control y el derecho de usar y disfrutar con carácter estable, bien del mismo objeto dañoso, bien del lugar, aparato u objeto del que procedan” (“Comentario de la STS de 21 de mayo de 2001”, *op. cit.*, pág. 874). Con esta postura, el autor abre un amplio catálogo de posibles hipótesis de daños subsumibles en el artículo 1910, tales como la de aquellos causados por objetos arrojados desde un automóvil, parado o en movimiento, o por cosas lanzadas desde un ascensor o un ferrocarril.

fundamento segundo de la sentencia), lo que dificulta no sólo la determinación del sujeto que lanzó el objeto de vidrio, sino que plantea un problema procesal importante: la cantidad de integrantes del “grupo” (es decir, conjunto de personas que se encontraban en la discoteca y que eventualmente podrían haber lanzado el objeto), hace completamente inviable demandarlos a todos, puesto que implicaría identificar a cada uno de ellos, promover la respectiva demanda civil y esperar la condena de un conjunto demasiado grande de personas como para pensar que se trata de un camino razonable. Por ello es que acudir al artículo 1910 parece una oportuna y adecuada forma de resolver el problema, a través de la condena del dueño de la discoteca (cabeza de familia)²⁰⁰, no sólo porque se trata de una solución satisfactoria desde el punto de vista de la técnica jurídica, sino también porque constituye una loable búsqueda del resarcimiento de un daño que, de acuerdo a caminos más ortodoxos, habría quedado sin posibilidades de reparación²⁰¹.

Pero como veremos a continuación, el camino seguido por el Tribunal Supremo no constituye una forma de responsabilidad colectiva propiamente dicha, sino que se trata de una manera de resolver un caso de daño causado por un integrante no identificado de un grupo a través de una fórmula de responsabilidad objetiva, como lo es el artículo 1910 del Código civil, que difiere de aquella fundamentalmente porque condena al pago de indemnización a una persona

²⁰⁰ A pesar de que la condena del dueño de la discoteca se basa en la responsabilidad objetiva que nace del artículo 1910, en este caso concreto debemos recordar que la sentencia reconoce además una conducta negligente en este “cabeza de familia”, conclusión a la que no se llega a través de presunciones, como lo indica el fundamento tercero de la resolución, “*sino que a través de las deficiencias y carencias del servicio de recogida (que supone también vigilancia) de objetos (vasos, copas, botellas, ceniceros ya usados), circunstancias fácticas que establece como probadas, toma en cuenta la ‘máxima de experiencia’ conducente a pensar en la existencia de descuido y negligencia generalizada, causada de una agravación innecesaria en cuanto evitable del riesgo que conllevaba la asistencia multitudinaria al local, suficiente para inferir una conducta omisiva de precauciones elementales*”. El reconocimiento de esta conducta negligente por parte del dueño de la discoteca no me parece que sea el elemento principal que lleva al Tribunal Supremo a la condena de éste, sino su posición de cabeza de familia y la posibilidad que en tal calidad tenía de controlar todos los aspectos relativos a la seguridad y vigilancia al interior de la discoteca. La mención a esta circunstancia más parece una reafirmación que hace la sentencia acerca de la responsabilidad del propietario, la cual nace de su calidad de “cabeza de familia”, pero que también conlleva un elemento culposo. A diferencia de Cristina FUENTESECA, quien ve en esta observación del Supremo una combinación entre culpa y riesgo que aleja al artículo 1910 de la responsabilidad objetiva (“El artículo 1910 del Código Civil...”, *op. cit.*, pág. 1580). Continuaremos con el estudio de esta materia y de la STS de 21 de mayo de 2001 cuando analicemos los daños causados en espectáculos y reuniones de carácter masivo.

²⁰¹ Continuaremos con el estudio de esta materia y de la STS de 21 de mayo de 2001 cuando analicemos los daños causados en espectáculos y reuniones de carácter masivo.

que no necesariamente integraba el grupo del cual pudo haberse originado el daño (la sentencia no precisa si el dueño de la discoteca se encontraba presente al momento de verificarse el suceso), y porque impide a esta persona eximirse de responsabilidad probando que no tuvo vinculación alguna con las circunstancias que dieron origen al proceso²⁰².

4.3. MIRADA COMPARATIVA DEL ARTÍCULO 1910 EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

El profesor Jaime SANTOS BRIZ considera el supuesto del artículo 1910 del Código civil como un caso de daño ocasionado por miembros o componentes desconocidos de grupos determinados²⁰³. Recuerda este autor que la originaria regulación de la *actio effusis vel deiectis* y de la *actio de positis vel suspensis*²⁰⁴ permitía dirigirse en contra el habitante de la casa desde donde provenía el objeto y que en caso de ser varios quienes tenían ese carácter, “se daba contra el ocupante de la parte o habitación desde la que se causó el daño; pero si se causó desde un sitio utilizado por varios o que no pudiera determinarse, la responsabilidad alcanzaba a todos ellos solidariamente, si bien el que satisfacía la indemnización podía repetir contra todos los demás en la parte que a ellos correspondía; y también, en su caso, contra el causante del daño”²⁰⁵, lo que claramente constituye un caso de responsabilidad colectiva. Estos principios romanistas pasaron, explica el autor, a las

²⁰² Digna de mención es la solución que a este caso específico propone PEÑA LÓPEZ (“Comentario a la STS de 21 de mayo de 2001”, *op. cit.*, págs. 875 a 879). Para este autor, la solución al incidente de la discoteca de Banyoles no pasa por la aplicación de las reglas sobre responsabilidad extracontractual, puesto que en su opinión el daño causado a la víctimas constituye incumplimiento de una relación contractual, consistente en un contrato de prestación de servicios entre el propietario de la discoteca y uno de sus clientes, de la cual surgía para el dueño de la discoteca (la entidad Promociones Artísticas y Culturales Plá de L’Estany) una obligación de garantizar la seguridad de ese cliente, la que fue incumplida al no implementarse un eficiente servicio de recogida de objetos usados. En base a este criterio, la normativa aplicable sería la que regule el contrato en cuestión, si ella existiese, o en su defecto las relativas a las prestaciones de servicios en general y el régimen general de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, sin perjuicio de recurrir a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tratarse de un contrato celebrado con un consumidor.

²⁰³ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 7ª edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 334.

²⁰⁴ D,9,3,1

²⁰⁵ SANTOS BRIZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 658.

Partidas²⁰⁶, y de ahí al Código civil de 1889, con las modificaciones que ya hemos indicado, y su sentido no sería otro que resolver las dificultades que conlleva la imposibilidad de identificar al autor de la acción dañosa. Y, concluye SANTOS BRIZ, existe en el artículo 1910 “un fundamento de solidaridad que acarrea la consecuencia de personalizar la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de su representación única, ya transitoria, ya permanente”²⁰⁷.

Si bien es cierto todo lo afirmado por el prestigioso jurista, es necesario precisar que este artículo no se trata en puridad de un caso de responsabilidad colectiva, si entendemos ésta como el efecto que surge del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Ello, por cuanto está claro que si existen varias personas que habitan el inmueble desde donde una cosa cae o es arrojada y se causa así un daño a un tercero, la responsabilidad siempre va a ser del cabeza de familia, expresión de cuyo sentido ya hemos hablado, y no de todos aquellos que por alguna razón forman parte del grupo que ocupa la vivienda. Por lo tanto, la solución que esta norma da al problema de un daño causado por un miembro desconocido de un grupo determinado afecta sólo a un individuo, y no a todos los componentes de un colectivo, sin perjuicio que el cabeza de familia pueda repetir posteriormente en contra del autor material del daño²⁰⁸. Un ejemplo de esta forma de resolver el problema de daño causado por miembro indeterminado de un grupo está en la STS de 21 de mayo de 2001, que ya hemos estudiado, y que en base al artículo 1910 sanciona a la entidad propietaria de la discoteca en cuyo interior fue lanzado un objeto contundente por uno de los muchos asistentes, lesionando gravemente a otro sin que pudiera llegar a determinarse su identidad. Es un caso muy esclarecedor de la forma en que se puede obligar al resarcimiento de un daño causado por una agente anónimo, pero sin condenar a todo el grupo del que éste forma parte (responsabilidad colectiva), sino al correspondiente “cabeza de familia”.

²⁰⁶ Leyes 25 y 26 del título XV, Partida 7, que en la parte pertinente expresa: “E si muchos morasen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuuiessem alogada, o emprestada, todos desso vno son tenudos de pechar el daño, si non supiesen ciertamente qual era aquel por quien vino”.

²⁰⁷ SANTOS BRIZ, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *op. cit.*, pág. 660.

²⁰⁸ RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad civil por daños causados por cosas*, *op. cit.*, pág. 52.

Es más, esta sentencia contradice claramente la opinión de SANTOS BRIZ y que ya transcribí más arriba, por la cual, a través del artículo 1910, la responsabilidad de todo el grupo se personaliza en su “representación única”, representación que puede visualizarse en caso de grupos familiares o de otro tipo que implique cierta unión o vínculo, pero no en el caso de un grupo de asistentes a una discoteca sin relación alguna entre ellos.

De este modo, la única forma en que me parece que el artículo 1910 podría constituir una manifestación legal de responsabilidad colectiva sería en caso de existir varios “cabezas de familias”, en cuyo evento todos deberían responder solidariamente. Sin embargo, aún en este caso es posible llegar a otra solución. Como ya sostuve oportunamente, una de las características del grupo que integra el anónimo causante de un daño, es que se trata de un colectivo que se encamina a la realización de una determinada actividad, de forma espontánea u organizada. Salta a la vista que cuando un objeto cae o es arrojado desde una determinada vivienda, sobre todo en aquellas que forman parte de edificios, no existe una común actividad de lanzar o arrojar objetos entre todos los grupos familiares que habitan el edificio en cuestión. Por lo tanto, sería dudoso poder recurrir a la fórmula de la responsabilidad colectiva en caso que no sea posible identificar el piso o ventana desde donde proviene el objeto que cae o es arrojado, por no ser un suceso que derive de cierta conducta grupal. Se hace necesario, entonces, encontrar otro camino.

Siguiendo a SALANOVA²⁰⁹, quien considera que el artículo 1910 es susceptible de aplicarse a casos de “culpa anónima”²¹⁰, cabe distinguir dos situaciones diferentes. La primera hipótesis se refiere al caso de un objeto lanzado o arrojado desde una determinada dependencia de un edificio (piso u oficina), de modo que es posible saber el “grupo” (familiar o de otra índole) al cual pertenece el autor material, pero sin que sea posible llegar a determinar su identidad. En este

²⁰⁹ SALANOVA, “Responsabilidad por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, págs. 378 a 381 y 394 a 396.

²¹⁰ Similar expresión utiliza YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, *op. cit.*, pág. 313. Ya he tenido ocasión de pronunciarme acerca de este detalle terminológico.

caso, y por aplicación del artículo 1910, la responsabilidad recaerá en el cabeza de familia correspondiente, cualquiera que sea la calidad que éste tenga al interior del grupo que habita el local desde donde procede el objeto. Se trata de una forma de solución para un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo que no hace recaer la responsabilidad en el colectivo completo, sino en uno solo de sus miembros, a quien la ley le atribuye características de liderazgo por tener un mayor control espacial y personal de quienes conviven con él, ya sea por ser el padre o la madre en un grupo familiar, el gerente de una empresa, o cualquier otro papel que en el caso concreto pueda asumir²¹¹. Además, es una responsabilidad objetiva, basada en el solo hecho de producirse el daño a causa del objeto que cae, y que por lo mismo no le permite al cabeza de familia eximirse de ella probando que no ha sido el agente material, como si sería posible en un caso de responsabilidad colectiva.

Una segunda posibilidad consiste en un daño causado por una cosa que cae o se lanza desde un edificio compuesto por varias viviendas independientes, y le es imposible a la víctima precisar aquella desde provino el objeto que le causa una lesión o daño. En este supuesto es que nos enfrentamos al problema de múltiples “cabezas de familia”, responsables cada uno de ellos por lo que suceda en su respectiva morada, pero que no se encontraban desarrollando una actividad conjunta al momento de producirse el daño, como no sea la de residir, trabajar o desempeñar una labor cualquiera en el mismo edificio. Ya hemos dicho que el Derecho Romano y las Partidas solucionaban este inconveniente con la condena solidaria de todos los que habitaban el edificio del cual provenía el objeto. Incluso el Proyecto de Código civil de 1851 contenía una norma similar²¹², que no

²¹¹ SALANOVA dice que con esta fórmula se busca “responsabilizar al grupo a través del representante del mismo, en nuestro caso el cabeza de familia” (“Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, pág. 378). La verdad es que la autora incurre en un error, porque nunca se sanciona al grupo. El cabeza de familia responde por sí mismo y su responsabilidad no se extiende a los demás integrantes de su familia, grupo de trabajo o cualquier colectivo de otra naturaleza. La responsabilidad es única y singular, a diferencia de la responsabilidad colectiva en que sí se hace responsable a todos los miembros del grupo. Lo que podría aceptarse es que la responsabilidad del cabeza de familia, traducida en el pago de una indemnización, pueda afectar al grupo de alguna manera, si el desembolso económico es de tal magnitud que provoca un sensible resentimiento de las finanzas familiares o de la actividad laboral que se lleva a cabo en la dependencia.

²¹² “Cuando sean dos o más y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación”.

tuvo continuación en el actual Código civil. Ante esta realidad, SALANOVA propone una solución que me parece de toda coherencia: aplicar a esta cuestión una solución análoga a la que proporciona el artículo 1910, esto es, responsabilizar al cabeza de familia del edificio, que no podría ser otro que la respectiva comunidad de propietarios²¹³. Como bien lo indica la autora, “la responsabilidad del cabeza de familia se fundamentaba en su deber y su poder de supervisar las actividades que tenían lugar en su morada, del mismo modo la comunidad de propietarios puede y debe organizar la convivencia dentro del inmueble, para ello están estatutos y normas de régimen interior”²¹⁴. Por otro lado, no se trata de una conclusión antojadiza desde el momento que está sentado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, que los elementos constitutivos del supuesto del artículo 1910 deben ser entendidos de la manera más amplia posible, para llegar por ese camino a una aplicación lo más adaptada que se pueda a las formas de vida que adoptan las modernas sociedades, sobre todo en una época como la nuestra, en que se han institucionalizado los edificios de pisos y oficinas como preferencia de habitación y organización laboral y empresarial.

En conclusión, concuerdo con SANTOS BRIZ cuando afirma que el artículo 1910 se ocupa de resolver un eventual daño causado por el integrante anónimo de un grupo, pero sin entenderlo como una forma de responsabilidad colectiva, del modo que la hemos diseñado a lo largo de este trabajo²¹⁵. Me parece que su principal mérito está en ser la única solución que contiene de manera clara el sistema de responsabilidad extracontractual del Código civil para un daño de esta clase, sin perjuicio, como veremos a continuación, de otras posibles fórmulas más adecuadas, observadas especialmente en las legislaciones de otras latitudes.

²¹³ La jurisprudencia se ha encargado de atribuir responsabilidades a comunidades de propietarios en base a este artículo en resoluciones tales como la STS de 16 de octubre de 1989 (RJ 6922) y STS de 9 de diciembre de 1983 (RJ 6926), sobre todo en materia de daños causados por filtraciones de líquidos.

²¹⁴ SALANOVA, “Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas...”, *op. cit.*, pág. 395.

²¹⁵ En el mismo sentido ha dicho José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: “...el legislador prescinde del vínculo de la solidaridad impropia, porque ha encontrado un mejor expediente para sustituirlo: el de señalar a una persona concreta como responsable del hecho y lo hace atendiendo al mismo objetivo,

Desde un punto de vista valorativo, he manifestado anteriormente que, frente a la duda de si es más justo condenar a varios posibles causantes de un daño o dejar a la víctima sin poder ejercitar su derecho a resarcimiento por el daño sufrido, me parece más atractiva la solución de la responsabilidad colectiva como respuesta a un daño causado por el componente no identificado de un grupo, porque habilita al ofendido para acceder al resarcimiento, a pesar de no contar con el elemento probatorio a su favor.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la solución que ofrece el artículo 1910, porque me parece que resuelve el problema de una manera que quizás sí es más discutible, al hacer responder a una sola persona por un daño del que no es necesariamente responsable. La responsabilidad colectiva, con todas las dudas que en ese sentido pueda generar, por lo menos garantiza que uno de todos los condenados es necesariamente el responsable, cosa que no sucede aquí, donde el cabeza de familia, por el solo hecho de tener ese carácter, no puede escapar a su obligación indemnizatoria.

Lo anterior se hace más evidente si analizamos algunas posibilidades de grupos de personas que conforman los habitantes de una vivienda. Si entendemos como tal grupo a un colectivo familiar, encabezado por el padre o madre de familia, no habrá mayor cuestión; lo mismo sucederá si la vivienda es una oficina liderada por un director o gerente, caso en el cual existe un cabeza de familia definido. Pero es dudoso que pueda decirse lo mismo en ciertas situaciones que quizás el codificador de 1889 no anticipó, como los pisos habitados por estudiantes, tan frecuentes en nuestros días, y en los que la idea de cabeza de familia se diluye entre un conjunto de iguales. Frente a una situación como la descrita, u otras similares, es válido preguntarse cómo llegaría un juez a dilucidar el problema de atribuir la responsabilidad del cabeza de familia, si no tiene claro a quién le puede endosar ese carácter. Está claro que el juzgador no podría eludir esa responsabilidad, por lo que debería tomar una decisión en base a criterios que no me parece que se

el de velar por la protección del perjudicado, en definitiva, dicha postura busca también la salvaguarda del interés social” (*Derecho de daños*, Bosch, 1999, pág. 101).

encuentren definidos ni precisados, por lo que se podría caer fácilmente en soluciones arbitrarias e injustas, además de técnicamente endebles²¹⁶.

Por lo recién dicho es que me parecen mucho más adecuadas las disposiciones legales de algunos códigos civiles latinoamericanos y que ya mencioné en el Capítulo Cuarto de este trabajo, tales como los de Chile y Argentina, puesto que hacen responsables a todos aquellos que habiten la vivienda o parte de ella desde donde cae o se arroja el objeto provocador del daño, siempre y cuando el objeto provenga de una dependencia perfectamente determinada del edificio, porque tratándose del caso en que lo conocido es el edificio y lo que se ignora es la dependencia de éste desde la cual cayó el objeto, el artículo 1910 es preferible, toda vez que a través de él se puede llegar a la condena de la comunidad de propietarios, considerada como cabeza de familia, según ya he sostenido.

Otra diferencia que se puede observar entre la responsabilidad colectiva y el artículo 1910 está en que, como ya he expresado y como lo entiende la mayoría de la doctrina científica española, este artículo establece una situación de responsabilidad objetiva, en que el cabeza de familia se encuentra obligado a responder por el daño provocado por el objeto caído o arrojado, sin que pueda exonerarse de esa responsabilidad alegando que no existió dolo o culpa de su parte, o demostrando la identidad del autor material del incidente. En la responsabilidad colectiva, en tanto, les es permitido a todos aquellos que puedan demostrar su ausencia de responsabilidad excluirse del pago de la indemnización a la que puede ser condenado el grupo, lo que constituye una clara ventaja en relación a la responsabilidad objetiva del artículo 1910, especialmente en hipótesis en que es dudosa la atribución a una persona del título de cabeza de familia, por no haber un individuo que ostente claramente una situación de control de las actividades y comportamientos de las otras personas con quienes comparte la habitación de la vivienda.

²¹⁶ Resoluciones del Tribunal Supremo como la STS de 20 de abril de 1993 (RJ 3103) han dicho que la expresión cabeza de familia es aquel que “*por cualquier título habita una vivienda como personaje ‘principal’ de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole*”. Evidentemente, la definición es bastante útil para precisar el concepto de cabeza de familia, pero insuficiente para un caso como el que he propuesto.

Donde la fórmula del artículo 1910 se revela superior a la responsabilidad colectiva es en aquellos casos en que ésta se hace difícilmente operativa por las características propias del suceso dañoso. Proporcioné un convincente ejemplo al estudiar el asunto resuelto por la STS de 21 de mayo de 2001, en que la numerosa cantidad de integrantes del grupo potencialmente demandable (más de mil personas) hacía claramente descartable la opción de la responsabilidad colectiva, por constituir una vía demasiado compleja y engorrosa para el demandante, especialmente desde el punto de vista procesal. En esta oportunidad, el Supremo arribó a una excelente conclusión, no sólo por la plena aplicabilidad del artículo 1910 a la materia sometida a su decisión, sino también porque utilizó los elementos que el propio Código civil proporciona para resolver un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y privilegiar los intereses del ofendido.

5. CONCLUSIÓN

Del análisis de las disposiciones estudiadas se desprenden, a mi juicio, dos grandes conclusiones.

En primer lugar, no existen en el Código civil preceptos que contengan expresamente a la responsabilidad colectiva como mecanismo de solución al daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Lo que sí está previsto es la posibilidad de resolver esta forma de daño a través de caminos diferentes, especialmente mediante la imposición de responsabilidad a ciertos individuos singularmente considerados en atención a la posición de control que tienen respecto del grupo de posibles autores materiales y de las circunstancias fácticas en que el daño se materializa, como pasa con el artículo 1910. Asimismo, encontramos el artículo 1591 y su conexión con el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, del cual, en base a una interpretación amplia, se extrae la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo.

En segundo lugar, el conjunto de disposiciones estudiadas se caracterizan, entre otras particularidades, por establecer regímenes de responsabilidad que atribuyen aquella a una o varias personas con prescindencia de la identidad del autor material del daño, de manera que la identificación del causante directo es un dato que pierde relevancia frente a la alternativa dispuesta por el Código. Por lo mismo, parece digna de respaldo la tesis propuesta por la jurisprudencia y por autores como DÍEZ-PICAZO, en el sentido de que la responsabilidad colectiva encuentra sustento en una regla extraída a partir de normas como las estudiadas, por la cual no deja de nacer el crédito indemnizatorio a favor de la víctima si ésta no puede probar quién ha sido el autor de la lesión, con tal que sea posible aplicar al supuesto una norma que imponga responsabilidad a otro u otros sujetos que se encuentren en la posición jurídica prevista por la ley.

CAPÍTULO OCTAVO

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

SUMARIO: 1. La Ley de Caza de 1970 1.1. El artículo 33.5 de la Ley de Caza 1.1.1. La responsabilidad objetiva en el artículo 33.5 de la Ley de Caza 1.1.1.1. Condiciones de la responsabilidad objetiva del artículo 33.5 de la Ley de Caza 1.1.1.2. Circunstancias excluyentes de la responsabilidad objetiva del artículo 33.5 de la Ley de Caza 1.1.2. La responsabilidad colectiva en el artículo 33.5 de la Ley de Caza 1.2. El seguro obligatorio en la Ley de Caza 1.3. Responsabilidad colectiva de los propietarios de cotos de caza 1.4. Consideraciones finales 2. La responsabilidad colectiva en los daños al medio ambiente 2.1. Visión general 2.2. Daños al medio ambiente, relación de causalidad y pluralidad de agentes en la producción del daño 2.3. La responsabilidad colectiva como forma de resarcimiento de los daños medioambientales 3. La responsabilidad colectiva en los daños causados por productos defectuosos 3.1. Sistema de responsabilidad solidaria en materia de productos defectuosos. El artículo 132 de la LGDCU 3.2. Responsabilidad colectiva en materia de daños por productos defectuosos 3.3. Comentarios finales 4. Algunos casos especiales de aplicación de la responsabilidad colectiva 4.1. La responsabilidad colectiva proveniente del ejercicio grupal de profesiones liberales. Especial consideración a la actividad médica 4.1.1. Naturaleza del grupo profesional 4.1.2. La responsabilidad colectiva y el ejercicio grupal de la medicina 4.1.3. Nota preliminar acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica 4.1.4. La responsabilidad civil en el ejercicio colectivo de la medicina 4.1.5. Un caso específico de la actividad médica: el problema de la responsabilidad por sangre contaminada 4.1.6. La responsabilidad extracontractual de las sociedades profesionales 4.2. La responsabilidad colectiva en los espectáculos de carácter masivo 4.3. Daños causados en eventos deportivos 4.4. Daños causados en el ejercicio del derecho de reunión 4.5. Daños causados con ocasión del ejercicio del derecho de huelga

Como ya anticipé en la introducción del capítulo anterior, la última sección de esta investigación está destinada al estudio de aquellas leyes especiales, respecto del Código civil, que contemplan normas que establecen la responsabilidad de una o varias personas, independientemente de si es o no posible identificar al verdadero autor del daño y, específicamente, que permiten la condena solidaria de todos los miembros del grupo por el hecho de sólo uno de ellos, al que no se ha podido llegar a identificar. Como ya se sabe, el objetivo de este capítulo, al igual que el anterior, es doble: analizar las eventuales hipótesis de responsabilidad colectiva diseminadas en el Código civil y la normativa particular, así como la posibilidad de construir una regla general que permita sostener esta fórmula de respuesta para el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en el propio sistema de responsabilidad civil español.

A pesar del título de este capítulo, lo cierto es que su contenido no se limita al estudio de algunas disposiciones específicas que contienen en su regulación a la responsabilidad colectiva, como el emblemático artículo 33.5 de la Ley de Caza de 1970, sino que abarca también el examen de supuestos que no están reglamentados específicamente en ninguna ley, sino que se reconducen a la normativa general del Código civil, como la responsabilidad civil profesional, específicamente la responsabilidad derivada del ejercicio de la medicina, y los daños producidos en espectáculos masivos. La idea es lograr una visión lo más completa posible de las posibilidades de aplicación de la responsabilidad colectiva en los eventos dañosos en que ella pueda ser requerida.

1. LA LEY DE CAZA DE 1970

La Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, aborda un extenso catálogo de materias relacionadas con la actividad cinegética, de las cuales tienen mayor interés para el Derecho privado aquellas relativas a la adquisición de la propiedad de las piezas de caza y la responsabilidad que emana de los daños producidos por las mismas, y por los cazadores. Resulta obviamente pertinente para nuestro estudio la responsabilidad civil de los cazadores, por estar considerada de forma consensuada entre los autores como uno de los ejemplos de establecimiento de responsabilidad objetiva que ofrece la legislación española al margen del Código civil y, sobre todo, porque esta Ley, utilizando palabras de REGLERO CAMPOS, “introdujo por primera vez en nuestro derecho el concepto de responsabilidad del miembro indeterminado del grupo”¹, específicamente en el precepto que el cuerpo legal en estudio destina a la reglamentación de la responsabilidad civil que puede surgir en el ejercicio de la caza, el artículo 33, párrafo 5.

La evidente trascendencia de la innovación introducida por la Ley de Caza, reconocida por el autorizado tratadista recién citado, y por muchos otros, hace indispensable dedicar una parte de esta investigación al análisis detenido

¹ REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002, pág. 181.

y pormenorizado del régimen de responsabilidad civil que aquella diseña, por encontrarse inserto en su sistema una figura que podríamos calificar “de responsabilidad colectiva pura”, a diferencia del caso del artículo 1910 del Código civil o del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, de 1999, por ejemplo, los cuales, como ya hemos visto, presentan matices que lo hacen diferenciarse de esta forma de responsabilidad, sin perjuicio que a través de ambas fórmulas pueda llegar a resolverse un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

Por lo mismo, a partir de este punto estudiaremos el sistema de responsabilidad civil que el legislador ha introducido en la Ley de Caza, fundamentalmente relativa a daños causados por cazadores, por ser ella la potencial fuente de responsabilidad colectiva que ha previsto este texto legal, sin perjuicio de dedicar cierta atención a los daños causados por las piezas de caza².

Precisemos que el estudio de la responsabilidad extracontractual dimanante de la actividad cinegética obliga no sólo al estudio de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, sino también su Reglamento, aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971³, que también contiene normas sobre esta materia, además de complementar las de la propia Ley.

² Indudablemente, el estudio pormenorizado de la Ley de Caza no tiene cabida en este trabajo, tanto por razones materiales como sistemáticas: la Ley no sólo se ocupa de aspectos civiles, como ya hice notar, sino también de asuntos que forman parte de otras áreas del Derecho, especialmente el Derecho administrativo, los que quedarán al margen de nuestro estudio.

³ Además, las Comunidades Autónomas de Asturias, Andalucía, Cantabria, Extremadura, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, Galicia, Murcia, Navarra, País Vasco y Canarias, cuentan con sus propios cuerpos legales reguladores de la caza en virtud de las facultades que en ese sentido les proporcionan el artículo 148.1.11 de la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, CABALLERO LOZANO resalta que “el Derecho estatal sigue siendo el que marca la pauta en la materia, ya que las Comunidades Autónomas se han limitado a transcribir, con algunas variantes de orden menor, el esquema de la Ley de Caza de 1970” (CABALLERO LOZANO, José María, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, en *La Ley*, número 5102, 2000, págs. 1 y 2). Por ello, nuestro estudio se circunscribirá exclusivamente a la Ley de Caza y a su Reglamento.

1.1. EL ARTÍCULO 33.5 DE LA LEY DE CAZA

El precepto que encabeza este apartado es el encargado de fijar la responsabilidad de los cazadores por daños causados en el ejercicio de la caza, señalando los casos y circunstancias en que ella nace, y solucionando el problema que significa la producción de un daño por varios miembros integrantes de una partida de caza, o por uno solo de ellos cuando no se conoce su identidad⁴. Se trata de una disposición a través de la cual la Ley de Caza llenó un vacío existente en la legislación anterior al 4 de abril de 1970, que es la fecha de este cuerpo legal, por cuanto el antiguo texto encargado de dirigir la actividad cinegética, de fecha 16 de mayo de 1902, ni su Reglamento, se ocuparon de normar la responsabilidad civil en este campo, de modo que toda actuación dañosa proveniente de la actividad de cazadores debía reconducirse a la normativa pertinente contenida en el Código Penal, específicamente la relativa a delitos contra la integridad física de las personas y, por supuesto, al artículo 1902 del Código civil cuando el hecho no fuera constitutivo de delito. Hoy en día la materia tiene su propia y específica regulación, sin perjuicio que para aquellos supuestos que la Ley excluyó se aplique la normativa general del Código civil, por cuanto, como se verá en su oportunidad, el artículo 33.5 no se ocupa de cubrir todas las posibles formas de accidentes que pueden ocurrir en el ejercicio de la caza.

La disposición en comento fija el supuesto de responsabilidad extracontractual de los cazadores, señalando que “todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las

⁴ La responsabilidad extracontractual derivada del ejercicio de la actividad cinegética no se agota en el artículo 33 de la Ley de Caza de 1970 ni en su Reglamento de 1971, al contrario, es posible acudir a otros textos legales pertinentes a la materia. De hecho, el propio artículo 33 de la Ley regula la responsabilidad que emana, ya no del comportamiento de los cazadores, sino también de las piezas de caza, y dentro del esquema de responsabilidad del Código civil el artículo 1906 dispone que “el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”. A lo que podemos agregar las Leyes de Caza que hayan dictado las diferentes Comunidades Autónomas en ejercicio de sus atribuciones y que he mencionado en la nota anterior.

personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”⁵. De este diseño de responsabilidad, MARTÍNEZ PEREDA⁶ extrae tres consecuencias fundamentales: primero, que el cazador se encuentra obligado a indemnizar los daños que cause a las personas o a las cosas; en segundo lugar, únicamente procede exonerar al cazador de su responsabilidad cuando el hecho fuera debido a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor exclusivamente; y finalmente, que la responsabilidad solidaria surge solamente en la caza con armas, cuando no consta el autor de las lesiones a las personas, pero jamás nace por daños causados en las cosas.

Para comprobar la veracidad de los planteamientos del autor, ellos deben examinarse a la luz del sistema de responsabilidad que contempla el artículo 33.5. A mi juicio, este examen debe distinguir dos aspectos que de ninguna manera son incompatibles entre sí, pero cuya separación para efectos del análisis resulta sumamente útil. Por una parte, existe una responsabilidad objetiva que afecta al cazador y que lo obliga a responder por todo daño que cause, en las condiciones y con las excepciones que el precepto dispone; por otra, se prevé una responsabilidad colectiva, también de carácter objetiva, pero exclusivamente circunscrita al caso de ignorarse la identidad del integrante de la partida de caza que ha causado el daño con su conducta. Para llevar a cabo un mejor estudio de la responsabilidad extracontractual por accidentes de caza, en especial de la colectiva, es que el examen de la misma se llevará a cabo en forma separada, partiendo por la responsabilidad de todo cazador, para seguir con la de la partida de caza por el hecho de uno de sus miembros, de identidad indeterminada.

⁵ El texto del Anteproyecto de la Ley destinaba a esta materia su artículo 23.4, que se expresaba en los siguientes términos: “todo cazador responderá de los daños causados por él o por sus perros en finca, propiedad o cultivos ajenos”. En opinión de MARTÍNEZ PEREDA, esta formulación pecaba de ser demasiado estricta y de comprender únicamente daños causados por el cazador o sus perros en las fincas, cultivos y propiedades, dejando fuera lo referente a lesiones corporales y su posible secuela de muerte. (MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, Editorial Tecnos, 1972, pág. 173).

⁶ MARTÍNEZ PEREDA, *Sanciones y responsabilidades...*, *op. cit.*, pág. 177.

1.1.1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL ARTÍCULO 33.5 DE LA LEY DE CAZA

Como ya ha sido dicho, prácticamente no hay voces disonantes entre los juristas al momento de calificar como objetiva a la responsabilidad del cazador por daños producidos en el ejercicio de la caza, consagrada en el artículo 33.5 de la Ley de Caza de 1970⁷. La inmensa mayoría de los autores apoya esta calificación sin reservas o distinciones importantes⁸. Un consenso tan categórico encuentra su refuerzo en el propio texto del precepto, de acuerdo al cual “todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza”. Es decir, el simple ejercicio de la caza hace responsables a quienes lo llevan a cabo por los daños que provoquen⁹.

Sin embargo, es del caso precisar que la responsabilidad objetiva del cazador nacerá únicamente cuando se cumplan las circunstancias que el legislador ha previsto con ese objetivo. Por lo tanto, se torna esencial desentrañar las condiciones o requisitos exigidos por el legislador para que nos encontremos frente a la responsabilidad objetiva del cazador, no sólo para saber identificarla en caso de ser necesario, sino también para excluir situaciones no contempladas en el supuesto del artículo y buscar para ellas soluciones adecuadas.

⁷ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO considera equivocada esta visión, pues opina que lo que la mayoría de la doctrina ve como una responsabilidad objetiva es, en realidad, una obligación legal de indemnizar. Basa su apreciación en las expresiones “obligación” y “obligado” que utiliza la Ley de Caza en su texto para referirse a las consecuencias que emanan de los daños causados en la caza, de las cuales desprende que de ellos lo que nace es una obligación propiamente tal y no una responsabilidad (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, “La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1973, págs. 757 y 758). Acerca de los fundamentos que utiliza el autor para justificar esta distinción es recomendable recurrir a su monografía *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, op. cit., especialmente las págs. 73 y ss.

⁸ Por todos, Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Cívitas, 1999, pág. 139.

⁹ En la jurisprudencia, recientemente, las SSTS de 22 de diciembre de 2006 (8680/2006) y 23 de julio de 2007 (912/2007).

1.1.1.1. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 33.5 DE LA LEY DE CAZA

Como núcleo de la figura de responsabilidad dimanante del ejercicio del deporte cinegético, el artículo 33.5 de la Ley de Caza contempla dos requisitos o condiciones centrales: por una parte, los daños causados deben ser producto del ejercicio de la caza; por otra, el sujeto responsable de tales daños debe tener la calidad de cazador.

La propia Ley de Caza se ha encargado de fijar el sentido en que debe entenderse esta actividad para los efectos de su regulación, señalando el artículo 2 que ella consiste en buscar, atraer, perseguir o acosar piezas de caza, mediante el uso de artes, armas o medios apropiados, con la finalidad de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros.

En vista de esta preocupación de parte del legislador de encuadrar con suma precisión la actividad regulada, no queda sino concluir que únicamente serán reconducibles a las reglas de responsabilidad de esta Ley aquellas conductas estrictamente subsumibles en la figura recién descrita. Respecto de otras situaciones que presenten semejanzas importantes, pero que en definitiva no constituyan una actividad de caza de la forma que el legislador la comprende, lo lógico es que ellas queden sometidas al imperio del artículo 1902 del Código civil, normativa general en materia de responsabilidad extracontractual¹⁰.

¹⁰ En este sentido, CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 2. Los tribunales se han encargado de resolver algunas situaciones que pueden ilustrar lo que vengo diciendo. Así, el Tribunal Supremo dictó, con fecha 29 de noviembre de 1994 (LALEY, 1995,221), una sentencia que aplicó el artículo 1902 del Código civil al caso en que la salida de un puesto de caza, formado por piedras amontonadas, provocó el hundimiento de éste y el disparo de una escopeta cargada y colocada en posición de disparo. La aplicación del artículo 1902 se vislumbra lógica, si se tiene en cuenta que las lesiones causadas por el disparo no se produjeron en el desarrollo de la caza. Otro caso parecido es el que tuvo la ocasión de resolver la Audiencia Provincial de Cuenca a través de la sentencia de 20 de octubre de 1998. Aquí, un menor de edad murió a consecuencia del disparo de escopeta realizado por otro menor, el cual tuvo acceso a ella por encontrarse, junto a otros aperos de caza, apoyados en la pared de un dormitorio, al alcance del menor autor del disparo. Se condenó a los padres de éste por su manifiesta negligencia, pero no porque se hubiese utilizado la escopeta de caza en el ejercicio de esta última.

En base al criterio anterior es que se ha entendido en doctrina que los daños causados en el llamado “accidente *in itinere*”, esto es, aquel que se produce en el proceso de traslado del o los cazadores, desde o hacia el sitio de caza, no son subsumibles en el artículo 33.5 de la Ley de Caza¹¹. También lo ha resuelto así la jurisprudencia¹². Evidentemente, no se trata de supuestos que por no encuadrarse dentro de la normativa de la Ley de Caza sus víctimas quedarán privadas de reparación: simplemente, esa reparación deberá tener como fundamento otra disposición o precepto legal, siendo el más pertinente el artículo 1902 del Código civil, tal como lo sostuve más arriba.

Respecto del individuo cuya actividad dañosa hace surgir esta responsabilidad objetiva, éste debe ser un cazador. La precisión es muy importante, porque es posible observar en el ejercicio de la caza la participación de un número importante de personas cuya intervención no es en el papel de cazador: batidores, ojeadores, porteadores, entre otros personajes. De ahí que el artículo 33.5 restringe la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva a los daños causados únicamente por cazadores, de modo que cualquier daño causado por alguno de estos agentes deberá necesariamente quedar bajo el imperio de la normativa legal que corresponda.

La Ley de Caza no ha definido lo que entiende por cazador. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO opina que, de acuerdo al sentido del artículo 3 de la Ley, cazador sería “aquel que caza estando en posesión de la licencia de caza y cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley”¹³. En consecuencia, el elemento caracterizador del cazador sería su titularidad de una licencia que lo habilita para cazar legalmente. Sin embargo, el propio autor parece desechar esta interpretación

¹¹ De este parecer es CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 2. En un sentido distinto se pronuncia FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, págs. 765 y 766.

¹² La STS de 3 de marzo de 1980 no aplicó la Ley de Caza al caso en que el ofensor se montó con una escopeta cargada en el vehículo en el se dirigiría al lugar de caza junto a sus compañeros de partida, pero al llegar a un paso a nivel y al frenar de manera brusca el conductor, se disparó la escopeta, hiriendo a una de las personas que iba en el vehículo. En vista que el accidente no se produjo en el lugar dispuesto para la caza, sino durante el traslado a aquél, el Tribunal Supremo estimó que no procedía la aplicación del ya mencionado cuerpo legal.

¹³ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, pág. 773.

del texto, pues considera que la licencia de caza solamente permite desarrollar de manera legal esta actividad, de modo tal que quienes no poseen esa licencia no la podrán llevar a cabo, haciendo merecedores de las sanciones administrativas que correspondan; pero esta circunstancia no privará en los hechos al sujeto de la calidad de cazador, por lo que se le considerará como tal para todos los efectos del artículo 33.5 de la Ley¹⁴.

De manera diferente parece razonar CABALLERO LOZANO¹⁵, quien individualiza al cazador, en primer lugar, distinguiéndolo de cualquier otro agente interviniente en la caza, excluyendo a quienes tengan esta última calidad de la responsabilidad especial de la Ley y sometiéndolos al régimen general del Código civil por los daños causados. Estos sujetos, de acuerdo al texto legal en comento, pueden asistir a los distintos eventos que pueden darse durante la práctica de la caza (ojeos, batidas o monterías, según enumeración del artículo 34.3 de la Ley), pero con la obligación de no portar armas de caza desenfundadas y, en consecuencia, sin necesidad de obtener previamente la licencia. En consecuencia, cazador sería exclusivamente quien porta licencia de caza de acuerdo a las disposiciones legales y administrativas correspondientes, en virtud de la cual puede ejercer dicha actividad.

Sin duda, esta última opinión permite delimitar de manera más precisa y clara uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad objetiva del artículo 33.5, como es el sujeto pasivo de esa responsabilidad, excluyendo a quienes no posean el elemento definitorio de la calidad de cazador: la licencia de caza. Sin embargo, mi opinión es cercana a la de FERNÁNDEZ MARTÍN –GRANIZO, porque me parece más favorable a las víctimas y, por consiguiente, más acorde con las finalidades del Derecho de daños. Así, por ejemplo, si seguimos el criterio del cazador como titular de la licencia de caza sucedería que si las lesiones han sido causadas por quien no tenía dicha licencia, el régimen de responsabilidad que le sería aplicable sería el del artículo 1902 del Código civil, el cual, a pesar de entenderse modernamente por la jurisprudencia desde la óptica objetivista de la

¹⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, pág. 774.

¹⁵ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, págs. 2 y 3.

inversión de la carga de la prueba, sigue siendo menos favorable para el ofendido que el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 33.5 de la Ley de Caza, en el cual el afectado siempre va a tener la certeza de la indemnización, si se cumplen los requisitos necesarios.

En apoyo de lo anterior se debe hacer notar que existe una disposición en el Reglamento de la Ley de Caza, específicamente su artículo 35, que en su apartado 6, párrafo *b*), define lo que debe entenderse como “miembros de la partida de caza”, quienes son “aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño”. Se trata de una conceptualización del cazador desde el punto de vista del grupo, la cual parte de un criterio estrictamente fáctico: son integrantes de la partida quienes han ejercido la caza en la ocasión y lugar en que se verificó el daño. Este criterio de identificación de quienes se considera cazadores es empleado por el Reglamento solamente para el caso en que surja una responsabilidad solidaria, como veremos más adelante; pero no me parece que existan obstáculos para que se le pueda utilizar para el caso de la responsabilidad objetiva que establece la primera parte del artículo 33.5 y que es concordante con la postura que ya he expuesto.

En suma, me parece que la determinación de quien debe ser tomado como cazador es una cuestión de hecho, que debe resolverse en atención a las circunstancias de quien asuma ese papel y cause el daño en el caso concreto sometido a la decisión jurisdiccional, independientemente de cualquier consideración de carácter administrativo, como lo puede ser la licencia de caza de la que pueda o no estar en posesión el sujeto en cuestión.

Para finalizar con las peculiaridades que definen a la responsabilidad objetiva del cazador, digamos que ésta va a nacer frente a cualquier clase de daño que se cometa por aquél en el ejercicio de la caza, sea que se trate de daños a personas como a cosas. La precisión cobra sentido cuando se observa que el mismo artículo 33.5 de la Ley preceptúa que “en la caza con armas, si no consta el

autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza”. Esta distinción no se hace respecto de la responsabilidad objetiva establecida en la primera parte del párrafo 5 del precepto, y sobre ella profundizaremos cuando hablemos de la responsabilidad colectiva en la Ley de Caza, así que me remito a lo que más adelante se diga sobre este tema.

1.1.1.2. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 33.5 DE LA LEY DE CAZA

Como suele suceder en las figuras de responsabilidad objetiva que contempla el ordenamiento, la Ley de Caza anticipa circunstancias que excluyen la responsabilidad del cazador por daños que éste pudo haber cometido en el ejercicio de alguna actividad cinegética. Por ello es que DÍEZ-PICAZO y GULLÓN se refieren a ella como una “responsabilidad objetiva atenuada”¹⁶. De acuerdo al artículo 33.5 de la Ley, tales circunstancias son la culpa o negligencia del perjudicado y la fuerza mayor.

Sobre la culpa o negligencia del perjudicado como causa de exclusión de la responsabilidad objetiva, digamos que la aplicación de las reglas propias de esta institución del Derecho de daños me lleva a afirmar que ella excluirá la responsabilidad del cazador en caso de ser la única causa del daño (culpa exclusiva), y que en caso de ser solamente una causa concurrente de la producción del resultado dañoso, en conjunto con la actividad del mismo cazador, esa responsabilidad no desaparecerá, pero deberá ser tomada en cuenta para rebajar el monto de la indemnización a que haya lugar¹⁷. La Ley no considera expresamente esta posibilidad, pero parece que se llega de manera lógica hasta ella si, insisto, se siguen los principios que regulan esta figura en el sistema de responsabilidad extracontractual español y si, además, se toma en cuenta que tampoco la Ley excluye esta posibilidad.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Editorial Tecnos, 1995, pág. 571. O como “obligación legal indemnizatoria atenuada”, en la perspectiva de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, pág. 785.

¹⁷ En ese sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, pág. 571, y MARTÍNEZ PEREDA, *Sanciones y responsabilidad en materia de caza*, *op. cit.*, pág. 177.

La regulación de la fuerza mayor es algo más detallada, especialmente por la labor complementaria que de la Ley de Caza realiza su reglamento en el artículo 35.6, letra *a*). Esta disposición aclara que no deben ser considerados como casos de fuerza mayor “los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones”. De modo que cualquier situación de fuerza mayor no comprendida en este precepto reglamentario tiene el mérito de excluir la responsabilidad del cazador, por tratarse de un evento que interrumpe el nexo causal entre la acción de aquél y el efecto dañoso¹⁸.

Por supuesto que, a falta de texto expreso, el caso fortuito no debe ser considerado como una causal de exclusión de responsabilidad del cazador en caso de su ocurrencia.

1.1.2. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN EL ARTÍCULO 33.5 DE LA LEY DE CAZA

Quisiera reiterar el concepto que he venido formulando en varios momentos de este trabajo: el artículo 33.5 de la Ley de Caza establece un manifiesto caso de responsabilidad colectiva como solución al problema de un daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. No sólo eso, se trata de la única fórmula de este tipo que se observa en términos expresos en el ordenamiento jurídico español y es prácticamente idéntica a aquella que ya hemos estudiado y que se plasma en el párrafo 830 del Código civil alemán, condenando ambos preceptos en forma solidaria a todos los integrantes del grupo. Como bien lo ha señalado

¹⁸ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO sostiene una opinión diferente, que se aleja del sentir mayoritario en doctrina. En efecto, el autor considera que esta delimitación de la fuerza mayor hecha por el Reglamento de 1971 no puede ser tomada en consideración, por provenir de un texto de carácter reglamentario, inferior a la Ley de Caza y que por lo mismo constituiría una interpretación extensiva y no auténtica de ella (“La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, pág. 789). Reitero que es una forma minoritaria de entender la aplicación del precepto, no solo por la doctrina científica, sino también la jurisprudencial: la STS de 28 de junio de 1996 (LA LEY, 1996, 7545) declaró, a propósito de la delimitación del concepto de miembros de una partida de caza, que la Ley de Caza “no fijó ningún criterio para calificar como ‘miembros’ responsables del daño a los integrantes de una partida de caza, por lo que no existe ninguna extralimitación reglamentaria cuando lo hace el Decreto 506/1971”. Si la Ley tampoco fijó un sentido para “fuerza mayor”, no se ve inconveniente para que lo pueda hacer el Reglamento, por aplicación del criterio jurisprudencial.

CABALLERO LOZANO¹⁹, “la Ley de Caza es innovadora en este extremo y ha influido en la jurisprudencia recaída con posterioridad sobre estas materias”²⁰.

En el caso concreto que nos ocupa, la Ley se ocupa de regular el daño producido por el accionar del integrante de un grupo o partida de cazadores, de manera que la pertenencia a ese colectivo, mas las propias circunstancias en que ese daño se produce, hacen imposible llegar a individualizar al sujeto responsable. El legislador ha optado por sancionar a todos los integrantes de la partida, condenándolos al pago de la correspondiente indemnización en forma solidaria. Los autores que se detienen a estudiar esta responsabilidad de los cazadores se refieren a ella únicamente como una “responsabilidad solidaria”, lo que es lógico si tenemos claro que la denominación “responsabilidad colectiva” no es un concepto completamente acogido en la doctrina española²¹.

Al igual que ocurre con la responsabilidad objetiva, esta responsabilidad solidaria que nace del artículo 33.5 de la Ley de Caza debe cumplir con ciertos requisitos previos, necesarios para su nacimiento, y que dicen relación con las circunstancias que deben rodear la ocurrencia del suceso dañoso. Se trata de condiciones propias de la exigencia que hace este cuerpo legal, que pueden o no ser coincidentes con aquellos que he esbozado en el Capítulo Segundo (existencia de un grupo; un daño proveniente de la actividad desarrollada por ese grupo; imposibilidad de identificar al autor material del daño; y cierta unidad espacio-temporal en la actividad del grupo), por lo que será interesante un análisis comparativo de la Ley con mi personales criterios en ese sentido.

¹⁹ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 4.

²⁰ Sin embargo, la inclusión de esta innovadora forma legal de resolver un caso de daño causado por miembro indeterminado de un grupo en la Ley de Caza no fue del todo pacífica. MARTÍNEZ PEREDA (*Sanciones y responsabilidades en materia de caza, op. cit.*, págs. 173 y 174) recuerda que el Proyecto de Ley fue objeto de algunas propuestas de enmienda al texto actual, aunque sin obtener los resultados buscados. Así, por ejemplo, la enmienda 105 pretendía la eliminación de esta fórmula sobre la base de que “no parece jurídicamente admisible que cuando no se conoce el autor de los daños (aunque éstos sean causados con armas y produzcan lesiones en las personas), deben responder de aquellos, y en forma solidaria, todos quienes integran la partida de caza, indiscriminadamente, por cuanto ello podría significar en ambos casos el planteamiento de situaciones no equitativas, ya que en una ‘partida’ pueden intervenir, batidores, secretarios, etc., e incluso de muy distinta situación económica”.

²¹ Por todos, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, pág. 73 y ss.

Las exigencias de existencia de un grupo y el desconocimiento del autor del daño se desprenden como lógicas del texto de la segunda parte del artículo 33.5 de la Ley. El precepto se pone en el caso de un daño causado en el ejercicio de la caza realizado por un grupo de cazadores, porque es la única forma de comprender la disposición cuando impone una condena solidaria a todos los miembros de la partida de caza. No tendría ningún sentido ni lógica una sanción impuesta a un grupo si el cazador que causó el daño lo hubiese hecho en el ejercicio solitario de la actividad cinegética. De modo que el artículo 33.5 entiende, en el mismo sentido que lo hago yo, que esta condena solidaria requiere previamente de la constatación de una actividad llevada a cabo grupalmente, de modo que uno de los individuos que forma parte de ese grupo cause un daño, siendo imposible su identificación.

Por otra parte, el legislador se ha preocupado de determinar claramente qué grupo es aquel que va a ser condenado en forma solidaria al pago de la indemnización a la víctima, y lo hace en una doble instancia: el propio precepto dice expresamente que la responsabilidad solidaria afectará a “todos los miembros de la partida de caza” en caso de no conocerse el autor material del daño; y por otra parte, el artículo 35.6.b) del Reglamento de la Ley de Caza señala que “se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño”²².

Como se puede observar, la Ley y el Reglamento se encargan de limitar el ámbito de aplicación de la norma y, por ende, el radio de extensión de la responsabilidad colectiva. El grupo se encuentra caracterizado, y limitado al mismo tiempo, como “partida de caza”, siendo sujetos de la condena solidaria aquellos que sean miembros de dicha partida. CABALLERO LOZANO²³ precisa que no son todos los integrantes de la partida de caza los que son condenados

²² El Tribunal Supremo ha precisado el alcance de estos preceptos en sentencias recientes, tales como las de 30 de septiembre de 2004 (6119/2004) y de 28 de abril de 2006 (449/2006).

²³ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 4.

solidariamente, sino solamente aquellos que han utilizado armas del tipo de la que procede la acción lesiva. Lo cierto es que lo que hace el artículo 33.5 de la Ley es establecer una condena solidaria para todos los miembros de la partida de caza, si es que no llega a constar el autor material del daño, pero no entra en detalles acerca de quiénes deben incluirse o excluirse de ella. Por lo mismo, una preliminar interpretación literal del texto autorizaría a incluir dentro de la partida a todos aquellos que la componen en el caso concreto, no sólo a los cazadores, sino también a otros participantes, como los portadores, los ojeadores o los auxiliares.

En oposición a esta posible forma de entender la exigencia, existe la definición de miembros de la partida de caza que da el Reglamento, la cual únicamente incluye dentro de la partida a los cazadores que hayan ejercitado la caza en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que causó el daño. De este modo, queda hecha la precisión acerca de quienes conforman la partida de caza para efectos de responsabilidad colectiva. Como también opina el propio CABALLERO LOZANO, se trata de una precisión acertada²⁴, aunque quisiera apuntar un par de alcances al respecto.

En primer término, mantengo mi opinión en el sentido de que la idea de “cazadores” queda condicionada a quienes se encontraban practicando la caza en la circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el daño y no a circunstancias administrativas, como lo es el otorgamiento de la licencia de caza. De hecho, me parece que el Reglamento hace esta exigencia cuando habla de quienes “hayan practicado el ejercicio de la misma (la caza) en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido”, es decir, al fijar un contexto que determina que los insertos en él deben responder por los daños causados como miembros de la partida. Así, si en los hechos una persona que no es estrictamente cazador (portador u otra clase de asistente, por ejemplo) se encontraba, ilícitamente, realizando actos propios

²⁴ El mismo autor reconoce que puede presentarse un problema de jerarquía al tratarse de una previsión de carácter reglamentario, que iría en contra del texto de un cuerpo legal superior. Sin embargo, para este caso existe la ya aludida STS de 28 de junio de 1996 (LA LEY, 1996, 7545), que en esta materia salvó cualquier atisbo de duda al disponer expresamente que la Ley de Caza “no fijó ningún criterio para calificar como ‘miembros’ responsables del daño a los integrantes de una partida de caza, por lo que no existe ninguna extralimitación reglamentaria cuando lo hace el Decreto 506/1971”.

de caza y no únicamente los correspondientes a su oficio, no vislumbro razón alguna para excluirlo del grupo de supuestos responsables.

En segundo lugar, la exigencia de que los miembros de la partida a condenar solidariamente sean únicamente aquellos que hayan utilizado la clase de arma que causó el daño, constituye un acierto del legislador, por cuanto permite estrechar el círculo de posibles autores. En el capítulo destinado a caracterizar la responsabilidad colectiva, he dicho que ésta tendrá una aplicación eminentemente subsidiaria para el caso de no llegar a comprobarse el verdadero autor, de modo que cualquier exigencia legal que contribuya a la investigación y determinación del auténtico responsable será de la mayor utilidad, en la medida que ella no implique un perjuicio a las posibilidades indemnizatorias del ofendido²⁵. Como consecuencia, cualquier integrante de la partida de caza que se encuentre en condiciones de comprobar fehacientemente que no ha empleado en el ejercicio de la caza un arma de la clase que ha sido utilizada en la causación del daño, quedará inmediatamente eximido de toda responsabilidad. Es una conclusión a la que podríamos llegar incluso aunque el Reglamento no hubiese impuesto esta exigencia, siuviésemos a la vista las características propias de la responsabilidad colectiva²⁶.

Se ha encargado también el precepto en comento de precisar que el daño debe ser causado en el ámbito de desarrollo de cierta actividad, de modo que el desempeño grupal queda delimitado cuando la segunda parte del artículo 33.5 de la Ley se inicia con la expresión “en la caza con armas”. Sin duda que la

²⁵ De modo distinto opina FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, págs. 771 y 772, para quien la restricción que hace el Reglamento del ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria puede derivar en un grave perjuicio para el perjudicado. Claro, si consideramos que la finalidad del Derecho de daños es el resarcimiento de la víctima, facilitándole ese objetivo de la mejor manera, la visión del autor puede tener asidero. Pero me parece que la responsabilidad colectiva, al tener un peculiar carácter que la hace excepcional, no puede aplicarse irrestrictamente, sino en aquellos casos en que sea absoluta la imposibilidad de identificar a quien o quienes deban responder individualmente o como coautores por el daño causado.

²⁶ Esta idea ha tenido cierto reconocimiento jurisprudencial, específicamente en la STS de 28 de junio de 1996 (LA LEY, 1996, 7545). Esta resolución establece que para llegar a la condena en forma solidaria de los miembros del grupo es necesaria una operación previa de exclusión, cuando expresa que “*el precepto legal o reglamentario sobre la responsabilidad de los miembros de una partida de caza entran en función de que no conste el autor del daño causado; poseen un marcado carácter subsidiario*”. Rechazó entonces el Tribunal Supremo la posibilidad de una condena solidaria sustentada en que “*bastaba con ser miembro de la partida para responder del daño causado, sin necesidad de buscar el autor o autores reales del daño*”.

precisión del escenario en que debe realizarse la actividad grupal y verificarse la producción del daño, viene determinada por el contexto del precepto y de la exigencia de que la imposibilidad de identificar al autor del daño sea consecuencia de una actividad llevada a cabo por un grupo (caza) y en ciertas condiciones (con armas). Concluimos entonces que la Ley de Caza señala también un ámbito de tiempo y espacio dentro del cual ha de llevarse a cabo la actividad que quedará bajo su marco regulatorio²⁷, y se ocupa de fijar un requisito especial para el surgimiento de la responsabilidad colectiva de los cazadores: la caza deberá llevarse a cabo con armas.

La necesidad de que la actividad cinegética sea llevada a cabo con armas constituye una exigencia especial, propia de la Ley de Caza, y que como ya he dicho, contribuye a definir más claramente qué situaciones merecen ser consideradas dentro de la figura de responsabilidad colectiva del artículo 33.5, excluyendo aquellas que no se adecúen a esta exigencia. Todas aquellas formas de daño que no sean causadas por armas de caza se sujetarán al régimen general del Código civil, tales como podrían ser aquellos causados con cualquier otro instrumento, utensilio o incluso medio de transporte que haya de ser empleado en el ejercicio de la caza.

La Ley de Caza no ha hecho ninguna precisión respecto del concepto de “armas de caza”, a pesar de usar reiteradamente esta expresión a lo largo de su articulado. De acuerdo a FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO²⁸, puede entenderse que la Ley ha querido incorporar a su regulación toda clase de armas que puedan utilizarse en la caza, sea que se trate de armas de fuego, que es lo primero que podría considerarse como ejemplo para este concepto, sea que se trate de cualquier otra especie, como armas accionadas por aire u otro gas comprimido, cuchillos, arcos y ballestas. Esta forma de entender la idea de “armas de caza” me identifica, puesto que no encuentro razón alguna, sobre todo en base al texto legal,

²⁷ Ya hemos hablado anteriormente acerca del concepto de caza que da la propia Ley y hemos precisado algunas situaciones especiales que pueden o no quedar bajo la regulación de este cuerpo legal, como los accidentes *in itinere*.

²⁸ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria...”, *op. cit.*, págs. 760 a 761.

para hacer exclusiones de cualquier tipo, por lo que me parece que al hablar de armas se debe hacer de manera comprensiva de toda categoría de instrumento que pueda ser empleado con la finalidad de cazar.

Un segundo requisito especialmente exigido por el legislador para que nazca la responsabilidad colectiva de la Ley de Caza lo constituye la exigencia de cierta naturaleza distintiva en los daños producidos. No cualquier clase de daños puede dar origen a la responsabilidad solidaria de todos los cazadores, ya que el artículo 33.5 de la Ley dice que “si no consta el autor del daño *causado a las personas*”, surgirá aquella. Se trata de una diferencia fundamental con la hipótesis general de responsabilidad objetiva consagrada en la primera parte del artículo 33.5, que puede comprender daños a las personas como a las cosas.

Lo que me interesa recalcar es que la letra de la Ley es muy clara cuando hace esta exigencia, circunscrita exclusivamente a daños en las personas, excluyendo aquellos daños que pudieran producirse en las mismas circunstancias, pero esta vez en cosas. La responsabilidad colectiva no surgirá en un caso como éste y la víctima deberá recurrir al régimen general del Código civil para obtener resarcimiento por los perjuicios sufridos. Únicamente se condenará en forma solidaria a los miembros de la partida de caza cuando el daño causado en el ejercicio de la caza se produzca en una o más personas.

Como la Ley no hace distinciones de ninguna clase, y en consecuencia con mi opinión al respecto, formulada al estudiar los requisitos de la responsabilidad colectiva, me arriesgo a aseverar que la persona afectada por la actividad venatoria puede ser tanto un miembro de la partida de caza, en cualquier calidad que participe en ella, como un tercero ajeno a la misma. Acerca de esta última particularidad no parece que haya margen de duda, incluso en un aspecto que podría prestarse a discusión como es el relativo a la pertenencia de la víctima al grupo de caza²⁹.

²⁹ En contra, PANTALEÓN, Fernando, “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1983.

En suma, a partir del análisis de la figura de responsabilidad solidaria del artículo 33.5 de la Ley de Caza, me atrevo a afirmar que esta disposición contiene todos aquellos elementos que, a mi entender, configuran la figura de la responsabilidad colectiva: existencia de un grupo (la partida de caza), desarrollo de una actividad grupal (ejercicio de la caza), anonimato del autor material del daño, y ámbito de desarrollo de la actividad, lo que se suma a dos exigencias particulares de la Ley, como son el ejercicio de la caza con armas y la causación de daños a las personas y no a los bienes, exigencias que bien pueden ser vistas como un intento legislativo de circunscribir las circunstancias en que se produce el daño. Todo lo cual no hace sino reforzar mi forma de ver el artículo 33.5 como la introducción en el ordenamiento jurídico español de la responsabilidad colectiva como una nueva forma de enfrentar aquellos daños que han sido causados por el integrante anónimo de un grupo, diferente y especial en relación a otras fórmulas vigentes aplicables a casos similares, como el ya estudiado artículo 1910 del Código civil, por ejemplo.

1.2. EL SEGURO OBLIGATORIO EN LA LEY DE CAZA

El análisis de la Ley de Caza y su sistema de responsabilidad civil obliga a hacer una breve detención en el Seguro Obligatorio que establece el legislador para poder llevar adelante esta actividad por los particulares. Se trata de una exigencia impuesta para prever posibles accidentes ocurridos en el ejercicio de la actividad cinegética, de modo que las potenciales víctimas no queden desprotegidas ante una eventual insolvencia del o los cazadores involucrados en el hecho dañoso. Es, en todo caso, una exigencia lógica si tomamos en cuenta los peligros que entraña la práctica de la caza para terceros, e incluso para los propios cazadores o quienes intervengan en la partida de caza en algún rol secundario, además del alto costo que puede significar para los responsables las indemnizaciones a que se les condene, sobre todo si se considera que la responsabilidad de los

cazadores es objetiva³⁰ y, posiblemente, solidaria (colectiva), lo que aumenta considerablemente las posibilidades de llegar al pago de esa indemnización.

La Ley de Caza se ocupó de establecer este seguro en el artículo 52³¹, el cual se rige por el Reglamento aprobado mediante el Real Decreto de 21 de enero de 1994³², sin perjuicio de tomar en cuenta todas aquellas normativas especiales que sean pertinentes al caso concreto³³. Según lo ha dicho MARTÍNEZ PEREDA³⁴, el establecimiento de este Seguro Obligatorio en esa disposición “no puede merecer más que elogios, pues en otro caso la insolvencia real o presunta de los responsables haría ilusoria la obligación de reparar el daño causado que el artículo 1902 del Código Civil establece en toda amplitud y el párrafo 5 del artículo 33 de la vigente de la Ley de Caza, reitera y fortalece con la solidaridad...”. Su utilidad es tal, que como lo ha hecho ver CABALLERO LOZANO “el seguro de responsabilidad civil es un tipo de seguro muy empleado en materia cinegética; incluso en supuestos distintos al ahora estudiado (responsabilidad del cazador) es obligatorio. Es normal que los titulares de los cotos de caza posean un seguro voluntario que cubre los daños causados por las piezas de caza que salgan del

³⁰ En palabras de DE ÁNGEL, una “responsabilidad objetiva paliada con la fórmula del seguro obligatorio” (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, 1993, pág. 569).

³¹ Artículo 52: “Todo cazador con armas deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas, establecida en el número cinco del artículo 33 de esta Ley. La obligación de indemnizar estará limitada por la cuantía que reglamentariamente señale el Gobierno para las prestaciones del Seguro Obligatorio, sin perjuicio de las indemnizaciones que, por encima de dicho límite o para los daños a las cosas puedan derivarse de la aplicación de los Códigos Penal y Civil. La determinación de las pólizas y tarifas de primas que hayan de utilizar las Sociedades Anónimas o Asociaciones Mutuas aseguradoras en esta modalidad del seguro, y la reglamentación general del mismo corresponderán al Ministerio de Hacienda, oído el de Agricultura”.

³² Digamos que el artículo 6 de este Reglamento reproduce las ideas contenidas en el artículo 33.5 de la Ley de Caza y en el artículo 35.6.b) del Reglamento de dicha ley, estableciendo esta vez la obligación de responder solidariamente para los aseguradores de los miembros de la partida de caza: “Si los daños asegurados hubieran sido causados por los integrantes de una partida de caza y no consta el autor de los mismos, responderán solidariamente los aseguradores de los miembros de dicha partida.

A estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la caza en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó el daño”.

³³ Específicamente las leyes que cada Comunidad Autónoma se haya procurado en esta materia. De hecho, el artículo 1.3 del Reglamentos dispone que el Seguro de responsabilidad civil del cazador se regirá, por la normativa en materia de caza de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia y, subsidiariamente por las disposiciones de la Ley de Caza de 1970, de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 y, finalmente, las disposiciones del citado Reglamento.

³⁴ MARTÍNEZ PEREDA, *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, op. cit., pág. 181.

terreno acotado y ocasionen daños a personas y/o cosas que circulan por vías públicas adyacentes o que atraviesan los citados terrenos cinegéticos”³⁵.

En lo que al seguro propiamente tal se refiere, digamos que es una forma de aseguramiento de responsabilidad civil de carácter obligatorio. Sin embargo, este carácter no significa que se exija a todo cazador, sino solamente a aquellos que practiquen la caza con armas³⁶, por lo que la ley es restrictiva en este sentido, al igual que el artículo 1 del Reglamento de 1994. Precisemos que el carácter de tomador del seguro puede tenerlo cualquier persona, mientras que asegurado debe ser aquella persona que tenga intención de ejercitar la caza con armas, siendo indispensable la concertación del seguro para la obtención de la licencia de caza. Quien practique la caza sin la suscripción previa de este seguro, incurre en una infracción de carácter administrativa leve, que lleva aparejada una multa, además de la invalidez de la respectiva licencia³⁷.

La cobertura del seguro de caza se extiende a los daños de carácter personal causados en la práctica cinegética, por lo que no se va a hacer extensivo a daños causados en cosas, terrenos de caza o colindantes o a los animales de los que se puedan servir los cazadores³⁸.

³⁵ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 4.

³⁶ Que es la que tiene mayor relevancia social y económica, como lo resalta CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 4. La jurisprudencia ratifica el sentido de esta exigencia en la STS de 30 de septiembre de 2004 (932/2004).

³⁷ La jurisprudencia ha resuelto el caso de daños causados a personas con armas de fuego por parte de un menor de edad (quien, por esa misma circunstancia, se encontraba inhabilitado para obtener la respectiva licencia). La SAP de Almería de 6 de abril de 1995 declaró para este caso la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, al tratarse de un accidente de caza causado por una persona que no estaba asegurada, siendo esta institución condenada al pago de la indemnización hasta el límite del seguro obligatorio. Asimismo, la SAP de Córdoba de 1993 resolvió un caso similar, en que un menor de edad causó daños corporales a un tercero mediante un arma de fuego que sustrajo a su padre, dueño del arma y titular del correspondiente seguro. De acuerdo a la Audiencia, la intención del niño, “cazar unos pajarillos que se encontraban en el cable de la luz”, constituye una conducta perfectamente subsumible en el artículo 2.2 del Reglamento de la Ley de Caza de 1971, de acuerdo al cual se incluyen en el seguro obligatorio “los daños personales que se produzcan con motivo del manejo, tanto voluntario como involuntario, de las armas durante el ejercicio de la caza”.

³⁸ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 5. Por supuesto que situaciones de este tipo podrán ser cubiertas perfectamente por un seguro de carácter voluntario.

Finalmente, digamos que el Consorcio de Compensación de Seguros deberá asumir la calidad de asegurador respecto de aquellos cazadores que por alguna razón no sean aceptados como asegurados por ninguna entidad aseguradora, a fin de indemnizar a las víctimas o a sus beneficiarios cuando no puedan lograrlo a través del seguro obligatorio, circunstancia que puede darse perfectamente en los hechos si tomamos en cuenta que este tipo de entidades operan en un sistema de libre mercado que las habilita para rechazar o aceptar de forma voluntaria a quienes deseen contratar un seguro con ellas. Pero como se trata de un seguro obligatorio, necesariamente el Estado, a través del citado Consorcio de Compensación de Seguros, se hará cargo de velar por el cumplimiento de esta carga para el cazador³⁹.

La cuantía máxima de las prestaciones de las que se hace cargo el seguro son fijadas legalmente, pero el cazador puede contratar un seguro voluntario que abarque aquella parte que exceda el límite legal⁴⁰.

1.3. RESPONSABILIDAD COLECTIVA DE LOS PROPIETARIOS DE COTOS DE CAZA

Es habitual en la doctrina científica española que los autores sólo consideren a la figura del artículo 33.5 de la Ley de Caza como una situación especial de responsabilidad civil, constituida por la condena solidaria de los miembros de la partida de caza cuando no se conoce la identidad del autor del daño. Sin embargo, lo cierto es que en el sistema de regulación de la caza también se contempla, y resuelve, otro supuesto de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, que puede llevar aparejado la responsabilidad colectiva como forma de

³⁹ CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁰ La regulación del seguro obligatorio en materia de caza puede ser bastante más compleja de lo que lo se ha expuesto en este apartado, que no es más que un bosquejo descriptivo. Sobre la materia y los diversos puntos de vista desde el cuál puede ser estudiado se recomienda el detallado trabajo de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza”, *op. cit.*, págs. 73 y ss., el artículo de CABALLERO LOZANO, “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *op. cit.*, págs. 4 y 5, y el trabajo de Francisco CUENCA ANAYA, “Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número 55, julio-septiembre, 2005, pág. 9 y ss.

sanción civil, tal como lo ha reconocido alguna jurisprudencia que mencionaremos más adelante.

La hipótesis a que hago alusión no se encuentra en la Ley de Caza propiamente tal, sino en su Reglamento, de 25 de febrero de 1971, en el artículo 35.1.b)⁴¹. Este precepto reglamentario es un complemento del artículo 33.1 de la Ley de Caza⁴², el cual se ocupa de establecer la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos respecto de los daños causados por las piezas de caza procedentes de terrenos acotados, además de imponer una responsabilidad subsidiaria a los dueños de esos predios, en aquellos casos que no coincidan ambas titularidades en una sola persona⁴³. Pues bien, la disposición del Reglamento se pone en el caso de que sea imposible saber la procedencia de la o las piezas de caza causantes del daño, caso en el cual responderán solidariamente los titulares de todos aquellos cotos colindantes con la finca perjudicada. Es decir, se trata de un caso de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, frente al cual el Reglamento de la Ley de Caza opta por la condena solidaria de todo el grupo, es decir, opta por la responsabilidad colectiva.

⁴¹ Artículo 35.1.b): “En los casos que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos”.

⁴² Artículo 33.1: “Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos”.

⁴³ Se ha planteado un conflicto acerca del efecto que ha tenido esta norma respecto de la real vigencia y aplicabilidad del artículo 1906 del Código civil. En efecto, esta última disposición dice textualmente que “el propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”. Se trata de un precepto que establece la responsabilidad del propietario de la heredad, basada en su culpa al no procurar medidas que impidiesen los daños causados por la heredad de caza. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de mayo de 1985 (RJ 2815), declaró que este precepto se encuentra derogado actualmente por la Ley de Caza, específicamente por el mentado artículo 33.1 de dicho texto legal. Ante esta interpretación del Tribunal Supremo, algunos autores como YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, 2001, pág. 310) y DIEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil, op. cit.*, nota 4), consideran que el asunto no es tan claro, porque la Ley de Caza establece un sistema de responsabilidad objetiva aplicable únicamente a terrenos acotados, en tanto que aquellos terrenos de aprovechamiento cinegético común, en que la caza es libre, se rigen por la normativa del artículo 1906 del Código civil.

A la conclusión anterior no se llega solamente a través del texto de la disposición reglamentaria, sino que también podemos deducir lo mismo si lo comparamos con los requisitos que configuran la responsabilidad colectiva. Efectivamente, la hipótesis se constituye precisamente a partir de la existencia de un numeroso grupo de terrenos dedicados a una actividad específica, cotos de caza, desde donde proviene una o varias piezas causantes de los daños provocados a alguna de las fincas colindantes, sin que sea posible comprobar aquél desde donde provienen específicamente (lo que es lógico, si tomamos en cuenta las obvias dificultades de identificación de tales piezas, en las que, además, se observa una gran movilidad, que las hace trasladarse constantemente de un predio a otro). Además, por su propia naturaleza, se trata de una actividad desarrollada con cierta permanencia en el tiempo, por lo que no encontraremos mayores inconvenientes a la hora de configurar el requisito de unidad en el desarrollo de la actividad. Por lo tanto, queda claro que, a la luz del artículo 35.1.b) del Reglamento de la Ley de Caza y de las características del supuesto de hecho que ese precepto contiene, en el ordenamiento jurídico español se contempla una forma particular de responsabilidad colectiva, consagrada para una clase específica de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo, dentro del contexto del sistema regulatorio de la caza.

Este parecer no me es exclusivo. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este punto en términos bastante explícitos. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de marzo de 1999 (AC 7170) resolvió la situación de responsabilidad civil por daños causados en una finca por un jabalí, oportunidad en la cual precisó varios conceptos. En primer lugar, establece como elemento clave para fijar la titularidad pasiva de esta clase de responsabilidad a la idea de procedencia de la pieza de caza, concepto *“incompatible con una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza, pues hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases y, en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona, cuya peligrosidad fundamenta la especial responsabilidad regulada en la Ley de Caza”*, en palabras de la resolución. Se busca de este modo establecer un criterio que permita precisar la responsabilidad del propietario de un coto de caza, quien no podría eludirla alegando que la pieza

respectiva no pertenecía a su terreno, sino que tenía en aquel una presencia solo temporal⁴⁴. Y prosigue la Audiencia Provincial declarando que *“como es difícil determinar la exacta procedencia o hábitat del animal, el artículo 35.1 b) del Reglamento de Caza determina que, en los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad de los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares acotados que fueren colindantes”*, aseveración que culmina señalando que *“en el caso de una eventual indeterminación del causante del daño entre sujetos pertenecientes a un grupo determinado, se impone la regla de la solidaridad entre los titulares de cotos colindantes con el lugar del siniestro o próximos al mismo, como aquí ocurre”*⁴⁵.

De lo expuesto, queda claro que la Audiencia Provincial de Huesca ha visualizado y reconocido expresamente en el artículo 35.1 del Reglamento de la Ley de Caza una figura de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, al que debe reaccionarse con la sanción de ese precepto, esto es, la responsabilidad solidaria. Incluso, ha tenido la Audiencia el cuidado de anticipar que el factor decisivo de imputación de responsabilidad al titular de un predio de caza es la procedencia del animal desde aquél, lo que es consonante con la idea que informa la responsabilidad colectiva, cual es que, previa a cualquier condena de un grupo, debe haber una investigación de la identidad del responsable a través de la determinación del lugar de donde proviene el animal que causa los estragos. Sólo en caso que ello no sea posible procederá la condena solidaria de los titulares de los cotos colindantes⁴⁶.

⁴⁴ En definitiva, se trata de una responsabilidad objetiva, determinada por el solo hecho de la procedencia del animal del respectivo coto de caza.

⁴⁵ En el mismo sentido, las SAP de Sevilla, de 29 de octubre de 1999; de Cuenca, de 16 de junio de 1993; de Álava, de 16 de septiembre de 1997; y de Soria, de 24 de enero de 2000, entre otras.

⁴⁶ Aún más, la SAP de Huesca aclara el significado de predio colindante, señalando que este término *“debe interpretarse en sentido amplio y equipararlo a proximidad, pues, en otro caso, se dejaría sin protección, por ejemplo, a las fincas que, estando rodeadas, mediando otras, por varios cotos muy próximos, no llegaron a lindar materialmente con ninguno de ellos”*.

Finalmente, señalemos que el Tribunal Supremo no ha quedado al margen de este criterio, que consagra en sentencias como, por ejemplo, de 30 de octubre de 2000 (7831/2000) y 30 de junio de 2005 (532/2005).

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, lo cierto es que, como se dijo al comienzo de este apartado, los autores que han tratado el daño causado por el miembro no identificado de un grupo han olvidado o no han prestado atención a este caso, deteniéndose únicamente en el artículo 33.5 de la Ley de Caza⁴⁷. Una explicación a esta omisión podría encontrarse en el carácter reglamentario que tiene el artículo 35.1, lo que no sería una buena justificación, porque si bien es cierto que se trata del precepto de un Reglamento, no es menos cierto que es un texto con plena vigencia, integrante del orden jurídico y que tiene un papel importantísimo como complemento de la Ley de Caza. Otra explicación podría ser una cierta reticencia de los autores a considerar dentro de esta clase de daño a una hipótesis en que no intervienen directamente personas físicas identificables, sino animales, lo que tampoco tiene mayor asidero, porque como ya

⁴⁷ Como excepciones a esta tendencia, cabe mencionar el trabajo de Miquel MARTÍN CASALS y Albert RUDA GONZÁLEZ, “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N° 65, pág. 854, quienes señalan que, si bien el precepto en comento no se refiere a la caza de animales, tiene la misma inspiración y fundamento que el artículo 33.5 de la Ley de Caza, ya que cualquiera de los titulares podría haber causado alternativamente el daño; de Francisco CUENCA ANAYA, “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, en *Revista Jurídica del Notariado*, número 52, octubre-diciembre, 2004, págs. 19 y 20, para quien el artículo en estudio es nulo, por cuanto el artículo 33.5 de la Ley de Caza establece responsabilidad para los miembros de una partida de caza por los daños causados a las personas, sin referirse, pudiendo haberlo hecho, a los daños originados por las piezas de caza procedentes de terrenos acotados. No obstante, reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Juzgados de Instancia y Tribunales Superiores vienen hace tiempo apoyando sus fallos en este precepto, sin cuestionar su vigencia; y también es procedente aludir a Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007, págs. 118 y 119, quien analiza en forma exclusiva como hipótesis de responsabilidad colectiva, imprecisamente a mi juicio, el artículo 35.1.a) del Reglamento, que establece lo siguiente: “Los propietarios u otros titulares de terrenos constituidos voluntariamente en cotos de caza serán responsables de los daños originados por la caza proveniente del coto. Salvo pacto en contrario, los propietarios también responderán de los daños causados en los cultivos de sus fincas, cuando las tuvieren cedidas en arrendamiento y se hubieren reservado el derecho de acotarlas. Esta responsabilidad será solidaria entre todos los que aportaron voluntariamente sus fincas al coto y, de no mediar otro acuerdo, la parte que corresponda abonar a cada uno se fijará en proporción a la superficie respectiva de los predios. A estos efectos, los propietarios y titulares de los cotos de caza se entenderán representados en la persona o personas a cuyo nombre figure inscrito el acotado”. Es evidente que la imprecisión que comete el autor consiste en quedarse en el examen de la primera parte de la regla, que establece la responsabilidad solidaria en general para los propietarios u otros titulares de los terrenos, y no continuar con el estudio del apartado siguiente, donde efectivamente se consagra en forma específica la responsabilidad solidaria de todos los titulares por el daño cometido por una pieza proveniente de uno sólo de los predios.

he explicado, el nacimiento de la responsabilidad colectiva depende más de la forma y circunstancias en que el daño se produce que de la naturaleza de quién o qué lo causa.

1.4. CONSIDERACIONES FINALES

Independientemente de la omisión, justificada o no, por parte de los autores, que se observa en el estudio de la reglamentación de la caza como fuente de regulación de los daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, relativa al artículo 35.1 del Reglamento de la Ley de Caza y que ya hemos analizado, lo cierto es que se ha reconocido la importancia del artículo 33.5 de la Ley de Caza de 1971 como el caso más claro y reconocible de una forma de daño sancionada con la condena solidaria de todos los miembros del grupo al que pertenece el autor no identificado.

Ya he mencionado a autores como REGLERO CAMPOS y CABALLERO LOZANO, quienes han puesto de manifiesto la trascendencia que ha tenido el precepto de la Ley de Caza como norma pionera en lo que se refiere a dar un tratamiento específico a la responsabilidad del miembro indeterminado de un grupo, opiniones con las que no puedo sino concordar. De hecho, se reseñó más arriba la opinión de este último autor acerca de la influencia que en diversas decisiones jurisprudenciales ha tenido el artículo 33.5, considerado como uno de los principales puntos de referencia que deben ser tomados en cuenta si se quiere llegar a elaborar una sistemática de regulación de esta clase de daño en el ordenamiento jurídico español. Por esta razón es que los tratadistas suelen remitirse a la muy importante y conocida sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983 (RJ 867), para demostrar cómo una resolución de ese alto tribunal justifica la condena solidaria de todos los miembros de un grupo para situaciones de daño causado por un autor anónimo que formaba parte de ese grupo, basada en el artículo 33.5 de la Ley de Caza, entre otros preceptos, por integrar una plataforma legal en esta materia, suficiente para justificar una aplicación analógica a situaciones similares no reguladas expresamente por el legislador.

No olvidemos que esta sentencia resolvió el caso de un menor que resultó lesionado en un ojo al pasar por donde otros menores (hijos de los demandados) jugaban arrojándose pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales le alcanzó. El Tribunal Supremo declaró que, *“la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores, hijos de los recurrentes, fue el causante material de la lesión...no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código Civil (artículos 1.910, 1.564, 1.783 y 1784) y la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (art. 33.5) contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados..., consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba, atribuyendo las responsabilidades al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa...y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables...; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo...”*.

La sentencia asume categóricamente dos cosas: que todos los artículos del Código civil a que hace alusión son hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, sancionado con la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del colectivo; y que a través de ellos, más el precepto de la Ley de Caza, se puede sostener su aplicación analógica a supuestos similares en que el legislador no ha contemplado una solución especial. Respecto de lo primero, ya hemos visto que las disposiciones del Código civil a que recurre el Supremo, si bien son útiles para solucionar casos de daños de autoría anónima, y en conjunto conforman el soporte ideológico, junto con otras disposiciones del ordenamiento español, para justificar la atribución de responsabilidad por daños de autor no identificado, no constituyen casos especiales de responsabilidad colectiva propiamente tal, destinados en forma exclusiva a resolver problemas de culpa

anónima. Como lo señala acertadamente GÓMEZ CALLE, “...los artículos citados del Código Civil no sirven para apoyar la solidaridad de los miembros del grupo por el daño causado por uno de ellos, desconocido, puesto que no prevén tal efecto, sino que, al contrario, hacen responder a una sola persona..., a la que se estima imputable el daño con independencia de quién en particular lo haya ocasionado”⁴⁸.

Respecto del segundo aspecto, ya se ha visto en el Capítulo Tercero cómo un sector importante de la doctrina se opone a la aplicación analógica del artículo 33.5 de la Ley de Caza a supuestos de distinta naturaleza de daños causados por el integrante no identificado de un colectivo, carentes de regulación específica, así como he sustentado mi posición favorable a la analogía, opinión apoyada por otros no menos autorizados autores⁴⁹.

2. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LOS DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE

2.1. VISIÓN GENERAL

Como sostiene Ricardo DE ÁNGEL, el fenómeno de los daños al medio ambiente constituye “el banco de pruebas más comprometido para los postulados clásicos de la responsabilidad civil”⁵⁰. A pesar que una frase como ésta pareciera augurar muchos dolores de cabeza para quienes tengan interés en adentrarse en este ámbito del Derecho de daños, lo importante es que éste cumple una función primordial en lo que se refiere a la protección del medio ambiente⁵¹. Sin embargo, esta protección, o la forma en que ella se concreta, no tiene precisamente

⁴⁸ GÓMEZ CALLE, Esther, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002, pág. 420.

⁴⁹ *Vid. supra*, Capítulo Tercero: 3, 3.1.2.

⁵⁰ DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, 1995, pág. 50.

⁵¹ Acerca del lugar que ocupa el Derecho civil en el resarcimiento de los daños al medio ambiente, así como la función que cumple en este ámbito la responsabilidad extracontractual, *vid.* VAQUERO PINTO, María José, “Responsabilidad civil por daño medioambiental”, en *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2006, pág. 36 y ss., y a propósito del daño causado por inmisiones, LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prólogo”, en MACÍAS CASTILLO, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, 2004, págs. 22 a 24.

un carácter preventivo, puesto que la función inmediata de la responsabilidad extracontractual, como ya es sabido, no es evitar directamente la comisión de cualquier ilícito civil, sino que reparar sus consecuencias dañosas. La prevención es una consecuencia deseada, sin duda, pero secundaria o indirecta de la imposición al responsable de un daño de la obligación de pagar una indemnización, y que afectará la conducta de los individuos en la medida en que estos aumenten sus precauciones y eviten por todos los medios a su alcance estar en la situación de hacer ese pago. Tal peculiaridad ha hecho sostener a algún autor que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente no debe tener una regulación especialmente diferente a la que pueda establecerse para cualquier otro tipo de daño, puesto que las negligencias de este tipo no son más o menos graves que daños de otra naturaleza observables en la vida de todos los días⁵².

Pero más allá de los matices que puedan apreciarse en el estudio de este tipo de daños, lo cierto es que la mayoría de la doctrina moderna considera que el Derecho privado en general, y el Derecho de daños en particular, juegan un papel decisivo en el campo de los daños al medio ambiente⁵³. Como lo ha declarado CABANILLAS SÁNCHEZ, la responsabilidad civil constituye un instrumento idóneo para resarcir los daños causados al medio ambiente, entendido como bien de titularidad colectiva⁵⁴. Este carácter idóneo se puede apreciar desde dos puntos de vista: primero, porque en una situación de degradación del medio ambiente la única solución posible es la restauración del estado original del mismo, en la medida que ella sea posible, objetivo para el cual el perjudicado directo se encuentra habilitado para exigir del autor del daño el pago de los costos que ella signifique, lo que se hace por la vía de una demanda de indemnización de perjuicios. Y segundo, porque, como ya se dijo más arriba, la responsabilidad civil puede producir un efecto

⁵² CANE, Peter, “Indemnización por daños medioambientales”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo LIII, fascículo III, julio-septiembre, 2000, págs. 825 y ss.

⁵³ Un autor ha hecho una observación que no debe dejarse de lado: el llamado “Derecho ambiental”, a pesar de tratarse de una vertiente cada vez más dotada de autonomía, es al mismo tiempo una rama del ordenamiento jurídico de carácter marcadamente interdisciplinar, en la que intervienen instituciones de otros sectores del Derecho, especialmente público, sin perjuicio de lo que el Derecho privado pueda aportar a su desarrollo (MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, op. cit., pág. 166 y ss.).

⁵⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”. *Anuario de Derecho civil*, tomo XLIX, fascículo I, enero-marzo, 1996, pág. 10.

secundario o indirecto, cual es disuadir las conductas negligentes de las personas por el camino de imponer el pago de sumas eventualmente elevadas por los daños que ellas ocasionen, circunstancia que debe ser especialmente tomada en consideración por quienes lleven a cabo emprendimientos susceptibles de dañar el ecosistema⁵⁵.

La problemática de los daños medioambientales, como se encarga de remarcarlo MORENO TRUJILLO⁵⁶, es un tema de copiosa bibliografía y estudios, sobre todo por sus características y por la abundancia de sus ramificaciones: daños continuados en el tiempo y de gran cobertura poblacional o territorial, pluralidad y anonimato de autores y lesionados, relativización del concepto de culpa y opción por el sistema de responsabilidad objetiva, inconvenientes para reparar *in natura* los daños causados, elevados montos de las indemnizaciones, obstáculos procesales, entre otras.

A lo anterior se debe agregar la realidad del ordenamiento jurídico español, que durante mucho tiempo careció de una Ley que regulase con carácter general el tema de la responsabilidad por daños al medio ambiente, por una parte, y menos aun, una norma específica que contemple una solución al problema de los daños ambientales causados por el miembro indeterminado de un grupo⁵⁷, lo que ha obligado a la búsqueda de soluciones que, muchas veces, resultan artificiales e insuficientes para afrontar el desafío que significan los daños de esta naturaleza. Como veremos, el primero de estos problemas ha sido solucionado con la dictación y entrada en vigencia de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. El segundo, sin embargo, ha permanecido tan dejado de lado como antes en este nuevo y reciente texto legal.

Se trata, entonces, de una complejísima red de situaciones que envuelve la responsabilidad extracontractual aplicada al tema ecológico y ambiental

⁵⁵ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores y otras, *Derecho civil comunitario*, Editorial Colex, 2001, pág. 467.

⁵⁶ MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, 1991, pág. 187.

⁵⁷ Una reseña de las razones de esta histórica, aunque hoy superada, carencia legislativa la proporciona Natalia ÁLVAREZ LATA, "El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)", en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2000, págs. 773 y ss.

y que, por no ser el tema central de este trabajo, abordaremos someramente en relación al daño que se causa por un miembro indeterminado de un grupo y los efectos que surgen de ese daño para los integrantes del grupo.

2.2. DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE, RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y PLURALIDAD DE AGENTES EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

Quizás el gran problema de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, dentro de esa abundante gama a que hice alusión en el apartado anterior, es el de la prueba de la relación de causalidad, sobre todo en aquellos casos que son la consecuencia de una pluriparticipación causal. Es muy frecuente que los daños ambientales sean el fruto de una serie de actos contaminantes, que pueden estar dispersos en el ámbito espacial o temporal, lo que dificulta considerablemente determinar el agente del cual proviene el daño puntual, problema causal que se agrava si se toma en cuenta que el estado de la ciencia no siempre permite dar una respuesta concreta a esas dificultades probatorias⁵⁸.

Frente a esta compleja inquietud se han propuesto por la doctrina, científica y jurisprudencial, múltiples soluciones que buscan dar una solución lo más equitativa y próxima a la verdad de los hechos que sea posible; dentro de ellas se encuentra la imputación de responsabilidad a todo el grupo causante de una situación de riesgo, concretada por uno de sus miembros, de identidad incierta. A la realidad actual de los daños al medio ambiente derivados de una actuación plural múltiple en el ordenamiento español se le dedicará el próximo apartado. Pero, en lo inmediato, quiero exponer una serie de remedios que se han elaborado en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras para solucionar el problema causal, que tienen más o menos aceptación y que son aplicables para resolver esta tesitura en los daños ambientales de autoría plural y anónima.

1.- La *teoría de la proporcionalidad*: de acuerdo a esta teoría, la reparación debe ser proporcional a la posibilidad de causación del daño. Así, si un

⁵⁸ ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental...”, *op. cit.*, págs. 814 y 815.

agente contaminante acumula un 30 por ciento de probabilidades de haber sido el causante del daño cuyo resarcimiento se demanda, deberá ser condenado al pago de ese porcentaje de la indemnización⁵⁹. Esta teoría, de origen norteamericano, llevada al campo de los daños plurales, significa que cada uno de los posibles causantes responderá en la proporción de probabilidad de porcentaje de participación en el daño que determine la sentencia.

DE MIGUEL⁶⁰ critica esta fórmula cuando dice que se basa en un arbitrario cálculo de las probabilidades de causación de un daño, que quizás sea posible en el ámbito de las ciencias físicas y naturales, pero no en el campo jurídico, donde sólo es posible proponer que un daño es más o menos posible, pero no un porcentaje exacto de esa posibilidad. Además, a la reparación del daño debe ser condenado únicamente quien lo ha causado efectivamente, y no aquel que tenga sólo una probabilidad de haberlo causado, por más que existan fundamentos científicos respetables para considerarlo así.

2.- *Teoría de la responsabilidad empresarial o industrial (industry-wide or enterprise theory of liability)*: también creación de la doctrina norteamericana, propugna que si son varios los demandados y todos ellos son fabricantes de cierto producto, para lo cual desarrollaron la misma actividad industrial, todos ellos serán obligados al resarcimiento. DE MIGUEL le atribuye escasa importancia, fundamentalmente porque se trata de una creación proveniente del ámbito de la responsabilidad civil por productos defectuosos, difícilmente aplicable a los daños al medio ambiente, sobre todo por la variedad de fuentes que pueden originar un daño de esta clase, lo que dificulta identificar la actividad fabril única que presupone esta teoría.

3.- Más interesante parece ser para el autor mencionado *la teoría de la responsabilidad por cuotas de mercado o market share liability*, en su denominación anglosajona, y a la que ya se ha dedicado espacio en este trabajo. Su relación con la teoría de la responsabilidad empresarial es evidente, pero existen

⁵⁹ DE MIGUEL, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, 2000, pág. 332.

⁶⁰ DE MIGUEL, *Derecho español del medio ambiente, ob. cit.*, pág. 333.

diferencias importantes. Fundamentalmente, no forma parte del supuesto de aplicación de esta teoría la existencia de una actividad fabril concertada entre los distintos productores, matiz que sí haría posible su aplicación a los daños al medio ambiente⁶¹. De hecho, se sostiene en doctrina que esta teoría, nacida en el área de la responsabilidad por productos, tiene su propia variación en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente: es la fórmula denominada *pollution share liability*, que básicamente consiste en que, en aquellos casos en que no es posible determinar quién es el responsable de un determinado daño ambiental, de entre varios posibles agentes, se les imputará a todos una cuota de la respectiva indemnización, en función del volumen de emisiones causantes del daño que corresponda a cada uno de ellos⁶².

Si llevamos esta teoría al ámbito del daño medioambiental causado por el autor no identificado de un grupo, veremos que encaja perfectamente con esta hipótesis, constituyendo una solución distinta a la de la solidaridad, pero que es perfectamente admisible a la luz de la idea inspiradora de la responsabilidad colectiva: asegurar el resarcimiento de la víctima por un daño sufrido cuando no es posible identificar al miembro de un grupo que es el autor material de ese daño.

4.- Una última fórmula de solución del problema de la causalidad en daños ambientales de autor múltiple es la teoría de la causalidad alternativa, producto de la doctrina holandesa. Su premisa es eximir al demandante de la prueba del nexo causal en aquellos casos en que, debido al alto número de potenciales agentes causantes, le resulte materialmente imposible probar quién fue el autor exacto del daño. A diferencia de la teoría de la responsabilidad por cuotas de mercado, la responsabilidad propuesta es solidaria y afecta a todos los demandados. Se trata de una elaboración que se acerca de manera considerable a la responsabilidad colectiva, aunque la diferencia fundamental entre una y otra es que en la teoría de la causalidad alternativa no se requiere constancia de haber sido uno el causante del daño, como sucede en la responsabilidad colectiva, por lo que aquí se puede hablar perfectamente de hipótesis de coautoría en la producción del daño. El

⁶¹ DE MIGUEL, *Derecho español del medio ambiente*, op. cit., pág. 333.

⁶² DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 51 y 52.

dato trascendental no es tanto que se desconozca el autor del daño, como que ello sea imposible a causa del enorme número de potenciales autores.

2.3. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA COMO FORMA DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES

Como ha sido normal observar a lo largo del desarrollo de este trabajo, específicamente en el tratamiento de este capítulo, y como lo es en general con los supuestos de hecho en que pueda darse la posibilidad de un daño causado por el autor indeterminado perteneciente a un grupo, el interés de los autores, y del legislador, dado el caso, solamente llega hasta los daños con pluralidad de autores, ya sea casos de coautoría entre varios intervinientes o situaciones en que no es posible determinar el grado de responsabilidad que corresponde a cada uno de los posibles autores. Un estudio más o menos somero de las páginas dedicadas a la responsabilidad por daños al medio ambiente permite observar que el tipo de daño que motiva esta investigación no es tratado o solamente lo es en forma superficial. Pero no se trata de una opción caprichosa o fruto del desconocimiento de parte de los autores de la realidad en esta materia. Por el contrario, lo cierto es que esto se debe a que lo más frecuente es que los daños ecológicos causados por una actividad plural, cualquiera sea su forma, se produzcan por la actividad conjunta y combinada, aunque no sea de un modo voluntario, por parte de un grupo de agentes contaminantes responsables, siendo más improbable que la actividad de cada uno de ellos, aisladamente considerada, tenga la magnitud suficiente para provocar el perjuicio final. Esto es lo que DE ÁNGEL llama “contaminación por sinergia”, es decir, “la causada por vertidos sólidos, líquidos o gaseosos que quizá aisladamente considerados no afectarían de forma sensible al medio ambiente, pero que en cambio, concurriendo unos con otros, ocasionan un resultado de más o menos considerables dimensiones”⁶³. Esta forma de contaminación necesariamente acarrea el anonimato del autor o autores, pero de una manera diferente al tipo de daño que nos ocupa, porque se trata de un anonimato referente al porcentaje o proporción de responsabilidad en el acto de contaminación que le cabe a cada agente contaminante.

⁶³ DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 587.

Sin embargo, esta forma de perjuicio ambiental no es la única manifestación posible, a mi juicio, de una actividad contaminante plural. Como ya he dicho en varias oportunidades, no es difícil imaginar situaciones en las que el daño sea causado sólo por uno de los miembros de un grupo, cualquiera que sea la maniobra realizada. Incluso en las formas de contaminación que, en principio, lo son por sinergia, es posible visualizar la posibilidad de encuadrar el daño que origina la responsabilidad colectiva. Pensemos, por ejemplo, en un grupo de industrias que arrojan residuos tóxicos a un río que contaminan y de cuyas aguas posteriormente bebe el ganado en una propiedad situada río abajo. Me parece que en estas formas de contaminación el problema no es solamente que se haya producido un daño medioambiental por la actividad conjunta de varios agentes contaminantes, sino que no es posible conocer la participación que cada uno de ellos pudo haber tenido en el acto de contaminación o, en lo que nos interesa, cuál de ellos en forma única pudo haber sido el autor exclusivo del daño. Recordemos que en los casos de contaminación por sinergia hay una suma de distintos volúmenes de flujos o residuos contaminantes que por sí solos no son dañinos, pero que sí lo son en conjunto con otros tantos. Por lo mismo, no me parece descabellado sostener que un caso puntual en realidad no se trate de un caso de contaminación sinérgica, sino que pueda tratarse de un daño provocado por un único autor que realiza en conjunto con otros la actividad riesgosa de arrojar contaminantes a un río, pero sin que la actividad de todos cause el daño, sino que sólo la de uno de ellos, al que no sea posible identificar. El mismo DE ÁNGEL reconoce que a veces los conocimientos científicos son insuficientes para demostrar los efectos que a largo plazo pueden provocar ciertas sustancias o compuestos, en especial cuando se producen por la acción combinada de ellos⁶⁴.

Otro enfoque interesante para nuestro tema que nos proporciona el estudio del daño medioambiental es el referente a los efectos que surgen de las actividades contaminantes perjudiciales plurales. En los daños causados por el autor indeterminado de un grupo, el efecto que le atribuimos es la responsabilidad

⁶⁴ DE ÁNGEL, *Tratado de la responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 599.

colectiva, es decir, la atribución de responsabilidad a todos los miembros del grupo como solución al problema causal. Pues bien, también en materia de daños al medio ambiente la idea imperante parece ser la sanción a todos aquellos que aparezcan implicados en la producción contaminante, pero se han creado fórmulas que difieren de la mera solidaridad como mecanismo de distribución de la carga indemnizatoria, especialmente en el Derecho comparado. La razón de esto parece estar, siguiendo una idea de DE ÁNGEL⁶⁵, en el hecho de que en los daños medioambientales las indemnizaciones pueden llegar a tener una cuantía tan alta, que imponer este régimen puede ser excesivamente gravoso para el agente que circunstancialmente deba pagarla, desincentivándolo a realizar la actividad contaminante, pero que contribuye beneficiosamente al desarrollo económico general.

Sin embargo, en el ámbito español la tesis de la solidaridad parece ser la que cuenta con una acogida más favorable entre los tratadistas en lo relativo a la condena al resarcimiento de los componentes del grupo contaminante. “El recurso a este expediente, muy utilizado en general en el ámbito de la responsabilidad extracontractual ante la pluralidad de responsables, también se proyecta ante la hipótesis de causación plural del daño ambiental, siempre que cualquiera de ellas sea apta para producir el daño pero no se individualice el agente contaminador...”⁶⁶. La responsabilidad colectiva es útil, entonces, para hacer frente a daños cuya naturaleza complica, si es aún más posible, el entramado de la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad extracontractual por daños al

⁶⁵ DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 51. El autor formula este planteamiento al comentar la Ley italiana de 8 de julio de 1986, sobre daños por contaminación medioambiental, que, contrariamente a las más modernas tendencias, establece la responsabilidad mancomunada de cada agente.

⁶⁶ ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental...”, *op. cit.*, pág. 818. Se inclinan por esta fórmula, con mayores o menores reparos, DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Cívitas, 1997, págs. 186 y ss., y *Derecho español del medio ambiente*, *op. cit.*, págs. 337 y 338; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente...*, *op. cit.*, págs. 210 y ss.; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen, *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, 1994, pág. 262; GOMIS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Editorial Aranzadi, 1998, págs. 189 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, en “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, págs. 57 y ss.; *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, 1996, págs. 165 y ss.; y “La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad”, en *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 15, 1995; y DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, *op. cit.*, págs. 602 y ss.

medio ambiente⁶⁷, aunque no debe olvidarse el carácter subsidiario de la responsabilidad colectiva, aplicable únicamente a hipótesis en que no sea posible determinar al autor material del daño o la parte de responsabilidad correspondiente a cada integrante del grupo: “no se incluirá en este concepto de subsidiariedad...aquel caso en que la causación es igualmente imputable a cada uno de los varios agentes, de modo que cada uno de ellos, por separado, podía haber causado el daño completo. En este caso la solidaridad deberá aplicarse directamente, y no con carácter subsidiario”⁶⁸.

Las ventajas que se invocan en pro de la solidaridad de los miembros del grupo dicen relación, principalmente, con el favorecimiento de la actividad probatoria de la víctima. Esto, que es evidente en los casos de daños causados por un agente indeterminado de varios posibles, se torna especialmente dificultoso en casos de contaminación acumulada, en los que se hace casi imposible la prueba de quién y cuánto ha contaminado, y en caso de no mediar la solidaridad, el demandante debería acreditar en juicio la identidad precisa de todos los agentes contaminantes y el grado de intervención y responsabilidad de cada uno de ellos. Por otro lado, en caso de obtener el actor una sentencia favorable y si ésta llegase a imponer indemnizaciones de monto considerable, como suele ocurrir en la práctica, alguno de los condenados, obligados a pagar un elevado porcentaje de esa indemnización, podría devenir en insolvente y verse imposibilitado de cumplir, con la consiguiente desprotección de la víctima. La solidaridad asegura que la cuota de cada deudor va a quedar cubierta por los demás, quienes cuentan con el mecanismo de las restituciones internas por las sumas pagadas. Se cumple de este modo con los criterios de justicia y equidad que informan el Derecho de daños y que protegen al ofendido, especialmente en un área de la responsabilidad donde el problema de la

⁶⁷ Como resume GOMIS CATALÁ, la prueba del nexo causal se presenta especialmente conflictiva en esta materia por cuatro factores primordiales: *la distancia*, entre la fuente emisora y el lugar de producción de los daños; *la multiplicidad de fuentes*, lo que nos atañe especialmente; *el tiempo*, a causa de lo tardías que pueden ser las manifestaciones de los daños causados; y *la duda científica* frente a fenómenos que no están del todo aprehendidos por los actuales conocimientos de la ciencia (*Responsabilidad por daños al medio ambiente, op. cit.*, pág. 161).

⁶⁸ DE MIGUEL, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, op. cit.*, pág. 189.

causalidad y la identificación de los causantes de los quebrantos medioambientales se presenta especialmente complejo⁶⁹.

Claro que los beneficios de la fórmula de la solidaridad no la transforman en un mecanismo perfecto. También es posible encontrar en ella alguna consecuencia perniciosa. Además de aquellas señaladas por quienes enarbolan su preferencia por la mancomunidad y que ya he apuntado en algún momento de este trabajo, la más recurrida por los autores suele ser la figura denominada *deep pocket*, y de la cual he hecho mención al tratar el tema de la solidaridad como consecuencia de los daños causados por una pluralidad de sujetos. Recordemos que esta figura “consiste en la tendencia del perjudicado a reclamar a aquél de los varios responsables que tiene mayor solvencia (p. ej., bancos, aseguradores, grandes compañías industriales), aunque su participación en el daño sea mínima”⁷⁰. En otras palabras, la eventual preferencia de la víctima por el codeudor más solvente podría provocar distorsiones en el sistema reparatorio de la responsabilidad civil y la desnaturalización del principio “quien contamina, paga”, rector en materia de responsabilidad medioambiental, ya que quien responde no es necesariamente el cocausante más próximo al daño en la cadena causal, sino el más económicamente poderoso⁷¹.

En lo que respecta a la jurisprudencia, ya sabemos que se encuentra asentada en los tribunales españoles la doctrina en virtud de la cual, cuando concurren varios agentes en la producción de un daño, responden todos ellos en forma solidaria por el total de la indemnización, siempre y cuando no sea posible precisar las cuotas de responsabilidad involucradas, y sin perjuicio de la distribución interna entre los cocausantes en virtud de las acciones de regreso

⁶⁹ MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente...*, *op. cit.*, págs. 211 y 212, y GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, *op. cit.*, págs. 189 y 190.

⁷⁰ DE MIGUEL, *Derecho español del medio ambiente*, *op. cit.*, pág. 338.

⁷¹ ÁLVAREZ LATA, “El daño ambiental...”, *op. cit.*, pág. 818, y GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, *op. cit.*, pág. 190. Esta última autora menciona otros inconvenientes de la solidaridad, tales como el aumento de valor de las pólizas de seguro; el llamado “*shopping juridique*”, esto es, la elección del cocausante por parte de la víctima en función del ordenamiento jurídico con reglas más favorables a sus pretensiones, en los casos de daños transfronterizos; y el aumento de la litigiosidad, derivada de la multiplicación de procesos entre el agente contaminador que ha pagado el total de la indemnización y los demás responsables.

correspondientes, línea de pensamiento que también se refleja en los daños al medio ambiente⁷². Los procesos iniciados por daños de esta naturaleza no son especialmente numerosos, pero existen ciertas resoluciones que siguen esta línea jurisprudencial cuando se trata de daños causados por una pluralidad de agentes, respecto de los cuales no se ha comprobado la porción exacta de responsabilidad que les cabe en la producción del daño.

En este sentido, una resolución del Tribunal Supremo que se cita habitualmente por los tratadistas que se han ocupado de los daños al medio ambiente, es la de 8 de mayo de 1986 (RJ 2669), que dirimió el pleito contra las empresas “Hidroeléctrica del Cantábrico S.A.” y “Ensidesa”, por daños causados por inundaciones que afectaron el predio del actor, supuestamente a causa del actuar de las demandadas. El Supremo, que falló a favor del demandante, sostuvo en ese entonces, en el considerando noveno de la sentencia, que *“la coincidencia de comportamientos culposos de análoga graduación en orden al actuar de las precitadas recurrentes «Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A.» y «Empresa Nacional Ensidesa, S. A.» (ENDESA), que se reconoce en el precedente fundamento, conduce a la no acogida del motivo quinto del recurso interpuesto por la primera de dichas entidades, formulando con amparo en el citado número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fundamentado en pretendida infracción del artículo 1.137 del Código Civil referido al vínculo de solidaridad en la responsabilidad de las obligaciones, puesto que la llamada solidaridad impropia, o por salvaguarda del interés social, en los casos de responsabilidad extracontractual se produce cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecie análoga graduación en el desarrollo y producción de consecuencias de las concausas que condujeron al evento dañoso; y mayormente al no possibilitarse su determinación en su ámbito respectivo, como en el presente caso ocurre, según ya queda expuesto en el precedente razonamiento, al no haberse llegado a producir, lógica y normalmente el resultado dañoso de darse la ausencia de cualquiera de los comportamientos con que se manifestaron las mencionadas entidades recurrentes”*.

⁷² DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 604.

Más cercana en el tiempo resulta ser la STS de 7 de marzo de 2002 (RJ 4151), encasillable en el ámbito de los daños causados por inmisiones, que puso fin a un litigio entre los demandantes, dueños de predios inundados por la rotura de cañerías subterráneas, a causa de la cual perdieron cosechas y animales, y los demandados, dos empresas constructoras y el Ministerio de Obras Públicas, respectivamente. La condena al pago de una indemnización por parte de estos últimos fue en forma solidaria. El Tribunal Supremo justificó su decisión invocando los principios que se han venido sosteniendo: *“La aplicación de la solidaridad en sede de la denominada responsabilidad extracontractual (que responde a razones de equidad, interés social, y asegurar la protección de la víctima, entre otras) se halla recogida en una profusa jurisprudencia de esta Sala..., que la impone en aquellos casos en que, interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno, por lo que deviene imposible deslindar las responsabilidades concretas (lo que debe entenderse sin perjuicio de las reclamaciones que puedan hacerse entre ellos los condenados, las cuales pertenecen al ámbito de su relación «ad intra», que es ajena al proceso en que la condena solidaria se impuso)”*. Y explicita esta tesis de manera más profunda que la resolución anterior, cuando detalla que *“para la aplicación de la solidaridad no se exige una unidad de causa, al menos en el sentido al que parece referirse el recurso. Se precisa concurrencia causal única..., pero ello no obsta a una pluralidad de comportamientos (conductas y omisiones) que pueden ser independientes y autónomos, simultáneos o sucesivos, pero que obviamente han de concurrir o concatenarse en la producción del resultado dañoso. No se requiere que sean concausas, pero sí han de tener un valor relevante –eficiente– en dicha producción, por lo que quedan excluidos los comportamientos que tengan carácter secundario...Dice, en el sentido expuesto, la Sentencia de 8 de febrero de 1994 (RJ 834) que «no obsta a la solidaridad que haya o no igualdad de posición entre los deudores respecto del acto ilícito al que han contribuido varios cooperando física o moralmente ...; la conexión de varias obligaciones que pueden derivar en casos de daños derivados de acto ilícito (en esta obligación “in solidum” no debe cada deudor la “misma” prestación que su coobligado, como ocurre en la obligación*

solidaria, sino una prestación “idéntica”) no es necesaria se funde en identidad de causa...; pero sí exige la causación común del daño, entendiendo por causación no sólo la cooperación material, sino también la situación fáctica o jurídica que conduce a la unidad de responsabilidad...; y en nuestra jurisprudencia se mantiene la solidaridad aún tratándose de actos independientes de los deudores que provocan el daño, y se impone aquélla cuando se deduce de la naturaleza de la obligación siempre que cada deudor esté individualmente sujeto al cumplimiento íntegro de la obligación”.

La observación de la jurisprudencia en materia de daños al medio ambiente, y de la que constituyen una pequeña muestra las Sentencias reseñadas, arroja una clara opción de parte del Tribunal Supremo por la fórmula de la solidaridad, y aunque es difícil encontrar una decisión respecto de un caso de daño causado por un miembro indeterminado de un grupo, fundamentalmente por la naturaleza habitualmente sinérgica de los daños al medio ambiente, lo cierto es que no se vislumbra inconveniente para fallar en el mismo sentido en una hipótesis de esa naturaleza, tomando en cuenta la línea que sigue la doctrina jurisprudencial española en materia de daños causados por pluralidad de agentes en general, y por autor desconocido en particular⁷³.

Pasando al campo legislativo, ya se ha señalado que en forma muy reciente ha entrado en vigencia en el ordenamiento jurídico español la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. A través de este cuerpo legal se busca incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, aprobada el 10 de marzo de 2004 y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de abril de 2004⁷⁴.

⁷³ Otras Sentencias del Tribunal Supremo dignas de tomarse en cuenta en esta materia son las de 2 de abril de 1996 (2013/1996), 15 de marzo de 1993 (RJ 2284), 28 de abril de 1992 (RJ 3107) y 26 de octubre de 1971 (RJ 4158).

⁷⁴ La Directiva recién citada, fuente de la actual Ley, vino a ocupar el lugar del Libro Verde sobre Responsabilidad del Daño Ecológico, de 14 de mayo de 1993, y del Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental, de 9 de febrero de 2000.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de este texto legal, al no existir una reglamentación general de la materia, se solía sistematizar las reglas sobre responsabilidad derivada de los daños medioambientales según fueran aplicables al caso concreto las normas del Código civil sobre la materia, o bien, lo fuera la legislación especial existente⁷⁵. Así, en caso de no aplicarse al caso concreto una normativa particular, el hecho dañoso quedaba bajo el imperio del artículo 1902 del Código civil, en su calidad de precepto central del sistema de responsabilidad extracontractual del Código. Esto, llevado a nuestro ámbito, implica sostener que frente a un supuesto de daño al medio ambiente causado por el miembro indeterminado de un grupo no previsto en un texto legal especial, corresponde recurrir a la aplicación de ese precepto, con la posible imposición de la responsabilidad colectiva, si es que entendemos que ésta es la solución frente al silencio legal, tal como lo he sostenido en este trabajo, y en la medida que se cumplan los requisitos para ello⁷⁶.

Asimismo, el artículo 1908, en especial los números 2° y 4°⁷⁷, en relación con el artículo 590, basándose en el criterio del riesgo creado, reglamenta la llamada responsabilidad civil por inmisiones (entendiendo por inmisión a la penetración en la propiedad ajena, provocando una interferencia en el disfrute pacífico y útil de la misma por su propietario o poseedor⁷⁸), atribuyendo la misma al o los propietarios de las fuentes contaminantes.

Finalmente, existen ciertos textos que en el ámbito específico de su competencia se ocupan de prever las consecuencias por daños medioambientales,

⁷⁵ Sobre esta materia, *vid.* ÁLVAREZ LATA, Natalia, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, Director, Editorial Cálamo, 2004, pág. 325 y ss.

⁷⁶ En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *op cit.*, págs. 327 y 328.

⁷⁷ Artículo 1.908: “Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

2.° Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

4.° Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *op cit.*, pág. 329.

especialmente la solidaridad de los múltiples agentes causantes (o el único, cuando es desconocido, según el caso). Algunos de estos cuerpos legales son los siguientes:

- Nuestra conocida Ley de Caza de 4 de abril de 1970, que en el ya estudiado artículo 33.5 establece la responsabilidad solidaria de los miembros de la partida de cazadores.
- El artículo 52 de la Ley 25/1964, sobre Energía Nuclear, de acuerdo a la cual “si la responsabilidad del daño nuclear recae sobre varios explotadores, éstos responderán solidariamente por el daño acaecido...”.
- La Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de las Especies Naturales y de la Fauna y Flora Silvestres, en su artículo 37.3, recoge la idea de la solidaridad en la siguiente forma: “cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes...”. Se trata entonces de la consagración de un principio postulado ya por la doctrina y recogido por la jurisprudencia⁷⁹, como se ha visto en el desarrollo de este apartado.
- Otro texto de carácter sectorial es la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Normas Regulatoras de los Residuos, que en su artículo 32.2 se ocupa de los daños causados por una pluralidad de sujetos en el contexto de este cuerpo legal, imponiendo la responsabilidad solidaria, entre otros casos, cuando sean varios los responsables y no sea posible determinar el grado de participación de cada uno en la realización de la infracción.

Entonces, se puede afirmar que la línea legislativa actual en España acoge, en general, la tesis de la solidaridad como mecanismo de reparto de las indemnizaciones por daños al medio ambiente cuya causación se deriva del actuar de varios sujetos. A efectos de esta investigación, se puede sostener también que, con la sola excepción de la Ley de Caza, el legislador no va, expresamente, más

⁷⁹ DE MIGUEL, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, *op. cit.*, pág. 188.

allá de esa forma de producción de daño, incluyendo a aquellos causados por un agente indeterminado de un grupo⁸⁰.

En síntesis, y como también lo sostiene CORDERO LOBATO⁸¹, podemos concluir, como regla derivada del estado legislativo actual, que si las fuentes contaminantes son equivalentes y cualquiera de ellas podría haber producido el daño, sin que se sepa precisamente cuál ha sido, la responsabilidad abarca a todo el grupo, de manera solidaria. Lo mismo sucederá cuando haya una intervención conjunta de varios agentes contaminantes, sea o no posible determinar la cuota de participación en el daño de cada uno de ellos o cuando no sea posible identificar al único autor del daño.

Sin embargo, este sistema general, si bien no ha sido suprimido o sustituido, ha sufrido una importante alteración con la entrada en vigor de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, texto que constituye la culminación de una prolongada espera por una normativa que se encargase de regular en términos generales la responsabilidad por daños al medio ambiente, concretada, como ya se dijo, a partir de la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, y que tiene su antecedente más directo en el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental de 2006⁸².

⁸⁰ En el ámbito supranacional europeo, el Convenio del Consejo de Europa de 21 de junio de 1993, sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, establece la responsabilidad solidaria en los siguientes términos: en los casos de contaminación acumulada, la responsabilidad afecta al grupo de “explotadores” de actividades dañinas al medio ambiente, en función del momento en el que se ha ejercido el control de esa actividad; además, se prevé la responsabilidad solidaria para aquellos daños que sean consecuencia de eventos producidos en diferentes instalaciones; y, finalmente, contempla la oportunidad para el explotador de liberarse de la carga de la responsabilidad en caso que logre demostrar que su actividad solamente ha contribuido a una parte específica del daño que se le imputa.

⁸¹ CORDERO LOBATO, Encarna, “Derecho de daños y medio ambiente”, en *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, Luis Ortega Álvarez (director), Editorial Lex Nova, 1998, pág. 445.

⁸² Un análisis del Anteproyecto se encuentra en “Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación”, GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, *InDret*, abril de 2006, N° 337, www.indret.com.

Para los fines que nos interesan, porque es evidente que un estudio en detalle de la Ley excede los propósitos de esta investigación, digamos, en primer lugar, que esta normativa busca establecer un régimen de responsabilidad medioambiental con el objetivo de prevenir y reparar los daños medioambientales con base en el principio de que “quien contamina paga” (artículo 1). Se trata de una responsabilidad objetiva, que el artículo 3 de este texto dispone respecto de los daños medioambientales causados por algún operador en el ejercicio de alguna de las actividades profesionales que la ley contempla en su Anexo III. Tratándose de aquellos daños medioambientales que no derivan de alguna de las actividades previstas en el citado Anexo III, la responsabilidad del operador surgirá solamente en caso de mediar culpa o negligencia de su parte. Por operador de actividades profesionales el artículo 2.10 entiende a toda persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico.

Asimismo, se trata de un régimen administrativo de responsabilidad, por cuanto, como lo señala el propio Preámbulo de la Ley, “instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora”. En otras palabras, se consagra un verdadero régimen de responsabilidad de derecho público por daños al medio ambiente, que busca superar las deficiencias del régimen tradicional de responsabilidad civil para reparar los daños ambientales⁸³. De hecho, el artículo 7.1 de la Ley señala que el desarrollo legislativo y la ejecución de la misma corresponden a las comunidades autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente que tales daños se produzcan.

Precisado lo anterior, pasemos a nuestra materia. Al respecto, digamos que el artículo 11 de la Ley dispone que, en caso de existir una pluralidad de operadores cocausantes de un mismo daño o de la inminente amenaza de causarlo

⁸³ GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, “Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación”, pág. 8.

y se pruebe su participación, la responsabilidad será mancomunada, salvo que por aplicación de una ley especial aplicable se disponga otra cosa.

A mi juicio el precepto recién reproducido constituye la gran e inesperada sorpresa de la nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental, por varias razones. En primer lugar, se trata de una disposición que se aleja de la tendencia general que en materia legislativa ha seguido el ordenamiento jurídico español en materia de responsabilidad por daños causados por una pluralidad de gentes, proclive a la responsabilidad solidaria. En segundo lugar, contraviene la línea seguida por los cuerpos legislativos relacionados con el área medioambiental, que también optan por la solidaridad en lo que a daños pluricausales se trata. Por otra parte, se desprende de los criterios auspiciados por la doctrina y jurisprudencia ya estudiados, una inclinación favorable a la responsabilidad solidaria, y en menor medida a la responsabilidad colectiva. Y, finalmente, se aparta de la idea originalmente plasmada en el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental de 2006, el cual, en el artículo del mismo número, contemplaba la responsabilidad solidaria en la misma hipótesis.

En todo caso, es conveniente comentar algunos aspectos en relación a esta novedad legislativa, por lo menos en relación a la responsabilidad colectiva. Así, cabe señalar que el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental de 2006 continuaba con lo que podemos calificar como la gran tendencia legislativa contemporánea del derecho español en materia de daños causados o provocados por una pluralidad de sujetos: se aplicaba en forma expresa la condena en forma solidaria de todos los cocausantes del daño, pero no se hacía mención a los daños derivados de la actividad del miembro no determinado de un grupo, con lo que la aplicación a esta hipótesis de la regla del artículo 11 del Anteproyecto sólo podría haberse llevado a cabo por los Tribunales a través de las reglas generales sobre esta clase de daños, expresadas en este trabajo y que se han consagrado por la jurisprudencia en España. En consecuencia, de haber fructificado la propuesta referida, de todos modos no hubiésemos contado con una nueva

solución expresa, clara y precisa para el daño medioambiental causado por el miembro indeterminado de un grupo.

Además, es útil señalar que la exclusión de la responsabilidad colectiva no obsta para la atribución de responsabilidad a los miembros del grupo por el daño causado por uno de sus miembros. Recordemos que esta clase de daño no es sinónimo de responsabilidad colectiva, porque ésta es sólo una posible solución para aquél, aunque sea, en mi parecer, la más adecuada. Una cosa es el daño y otra la forma de responder frente a él, que puede ser mancomunada o solidaria. El texto legal en estudio ya ha hecho su opción por la responsabilidad mancomunada.

Ahora, respecto a la condena de todos los miembros del grupo, ello me parece posible, a la luz de lo dispuesto por el artículo 3.1, según el cual, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

Es decir, se establece en el precepto recién transcrito una presunción de causalidad, la cual también estaba incluida en el Anteproyecto de 2006⁸⁴, por la cual una cierta actividad económica o profesional se vinculará causalmente con un daño medioambiental, en función de la forma en que ésta se ha

⁸⁴ “La inclusión de esta presunción en el (Anteproyecto) obedece a las críticas suscitadas al anterior Anteproyecto que, al no establecer ni un sistema de presunciones ni un sistema de inversión de la carga de la prueba mediante el cual el presunto agente contaminante pudiera acreditar que su actuación no había dañado el medio ambiente, se corría el riesgo de crear un sistema favorable a una menor exigencia, en materia de causalidad, por parte de jueces y tribunales, cuando la actividad industrial sospechosa fuera potencialmente apropiada para producir el daño.

Con la presunción de causa establecida en el art. 3.1 del (Anteproyecto) se sigue la línea trazada inicialmente por la Ley alemana de responsabilidad medioambiental de 10 de diciembre de 1990 (Umwelthaftungsgesetz). La intención de la ley alemana al introducir tal presunción era doble: en primer lugar, prevenir la contaminación mediante el establecimiento de un régimen riguroso de responsabilidad, incluso con determinación de su monto pecuniario y, en segundo lugar, configurar un sistema que, frente a las dificultades técnicas para localizar al causante del daño ambiental, proclamara la presunción de causación respecto de aquellas empresas que, por la naturaleza de sus actividades o por otras circunstancias, pudieran haber causado el daño, con la circunstancia, novedosa en su momento, de que las empresas que rechazaban la reclamación estaban obligadas a demostrar que no fueron las causantes del daño” (GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, “Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación”, págs. 17 y 18).

desarrollado o a su propia naturaleza. A partir de esta idea, me parece perfectamente posible concluir que si un daño medioambiental se deriva de la actividad económica o profesional llevada a cabo por varios agentes, de los cuales sólo uno lo pudo haber causado, pero no se sabe cuál es, resulta posible presumir la relación causal entre el daño y la actividad de todos los miembros del grupo, con base en la forma grupal en que se ha realizado la actividad. No olvidemos que es precisamente una presunción de causalidad la que subyace en la responsabilidad colectiva, la que aquí ha sido prevista expresamente por el legislador.

El problema, como ya lo he anticipado, consiste en que, si se llega a la responsabilidad de todos los operadores por aplicación de la presunción de causalidad, de todos modos esa responsabilidad no será solidaria, sino mancomunada, con todos los contratiempos que ello implica. Sin duda, se trata de una elección legislativa respetable, pero que priva al sistema de responsabilidad medioambiental de las ventajas innegables que proporciona la solidaridad, ya analizadas, en vista del óptimo resarcimiento de los perjuicios y, por supuesto, desecha la responsabilidad colectiva como fórmula de respuesta ante daños medioambientales de autor no identificado⁸⁵.

En todo caso, cabe señalar que el hecho de estar excluida de la Ley de Responsabilidad Medioambiental la responsabilidad solidaria, en general, y la responsabilidad colectiva, en particular, en ningún caso implica que los daños medioambientales causados por el miembro indeterminado de un grupo no puedan ser reparados de esta forma. Esto porque siempre va a ser posible recurrir a las normas generales de responsabilidad por daños del Código civil, además de la normativa especial que pueda resultar aplicable.

⁸⁵ A lo ya sabido, podemos agregar las siguientes palabras: “La división del daño carece de sentido en casos como el del daño al medio ambiente. El medio ambiente es un recurso común y, por tanto, no puede excluirse a nadie de su uso. Sin embargo, el mal uso que puede hacer de él una persona excluye el buen uso que puedan hacer los demás, pues destruye el recurso natural afectado. El río contaminado por una sola empresa causa daños a toda la sociedad y beneficia sólo a quien se ahorra los costes necesarios para evitar la contaminación. Como todos los bienes comunes, el medio ambiente está amenazado por el abuso de quienes se enriquecen a su costa pero a quienes no empobrece su deterioro” (GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Editorial Cívitas, 2007, pág. 391).

En efecto, de los artículos 3 y 5 de la Ley se desprenden una serie de ámbitos y casos respecto de los cuales aquella no es aplicable. Así, no todos los recursos naturales están protegidos por esta ley, puesto que sólo lo están aquellos que tienen cabida en el concepto de daño medioambiental, tales como los daños a las aguas; los daños al suelo; los daños a la ribera del mar y de las rías; y los daños a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como a los hábitat de todas las especies silvestres autóctonas. Quedan excluidos los daños al aire y los denominados daños tradicionales, es decir los daños a las personas y a sus bienes (salvo que estos últimos constituyan un recurso natural). Igualmente, no todos los daños que sufran estos recursos naturales generarán responsabilidad medioambiental. Para que la ley pueda ser aplicada, se deberá estar en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan efectos adversos significativos sobre el propio recurso natural. En el caso de los suelos el concepto de daño incluye, además, los riesgos significativos de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana.

Lo anterior debe ser complementado con lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental: “Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley”.

De lo recién expuesto es posible inferir que, tratándose de aquellos daños al medio ambiente que por alguna razón no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, como pueden ser los daños a las personas o aquellos de escasa entidad, se puede ejercer la pretensión indemnizatoria mediante la regla general del artículo 1902 del Código civil, o el artículo 1908, si se trata de una hipótesis de inmisiones, o bien aquella legislación particular que tenga competencia sobre la clase de daño que se trate. Por supuesto que en situaciones como éstas y en atención a la normativa invocada, el asunto se dirimirá en sede judicial, a diferencia de la competencia que la ley concede a las comunidades autónomas como entidades de resolución de conflictos de esta naturaleza.

En este sentido, resulta llamativo constatar que, a pesar de contar, por fin, el ordenamiento jurídico español con una Ley de Responsabilidad Medioambiental largamente anhelada, ello no significa la pérdida de relevancia, por una parte, de la normativa especial, que mantiene plena aplicación respecto de sus zonas de competencia, sino especialmente del sistema general del Código civil, encabezado por el artículo 1902. No sólo porque existen casos expresamente exceptuados por la propia ley, que eventualmente pueden ser reconducidos a esta disposición, sino también por la operatoria actual del artículo 1902, representada por la interpretación que ve contenida en la norma una inversión de la carga de la prueba de la culpa, y, sobre todo, porque recurrir a la regulación general del Código significa aspirar a obtener la condena a una responsabilidad solidaria –o colectiva, según el caso- por daños medioambientales causados por un grupo. Estas alternativas, especialmente la segunda, podrían resultar atractivas con miras a la búsqueda de un efectivo resarcimiento de perjuicios, incluso en lo que concierne a daños incluidos en el contenido de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

3. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Como ya lo he hecho en el capítulo anterior a propósito del análisis del artículo 1591 del Código civil, sobre daños causados por ruina de edificios, voy a recurrir a ideas lanzadas por Luis DÍEZ-PICAZO para justificar un apartado exclusivamente dedicado a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, y a la posibilidad de encontrar rastros de la regulación de los daños de esa clase que se causen por el integrante indeterminado de un grupo.

En efecto, ha manifestado este autor que junto al artículo 33.5 de la Ley de Caza, único precepto que regula expresamente el daño causado por el miembro indeterminado de grupo, debe considerarse también los artículos 27.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 7 de la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos, además del

ya mentado artículo 1591 del Código civil, como un conjunto de disposiciones que permiten “obtener hoy una regla en virtud de la cual cuando un daño haya sido causado o haya sido originado en las actividades de un grupo o conjunto de personas, la responsabilidad por los daños compete a todos solidariamente...”⁸⁶. La pertinencia de la regla propuesta por DÍEZ-PICAZO debe determinarse a través del análisis de las disposiciones por él citadas, y de ahí que la intención de este apartado no sea otra que examinar con el mayor detalle posible los preceptos correspondientes a la protección de las víctimas de daños causados por productos defectuosos. Si es posible concluir la admisibilidad de la condena solidaria de los miembros de un grupo por el daño causado por uno de sus integrantes en este ámbito, será también posible alinearse con DÍEZ-PICAZO en su afirmación y obtener de paso un pilar sobre el cual afirmar cualquier conclusión a este capítulo y a este trabajo.

Como cuestión previa, se hace necesario precisar que los artículos inicialmente mencionados hoy se encuentran contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, mediante el cual se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y de otras leyes complementarias. La Disposición Derogatoria Única del texto en comento abrogó, entre otras, a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, por lo que el análisis pretendido deberá circunscribirse a los artículos pertinentes del nuevo cuerpo legal⁸⁷. No obstante, conviene recordar que la original Ley 22/1994 constituyó una adaptación necesaria al ordenamiento jurídico español de la Directiva de la Unión Europea 374/1985, de 25 de julio de 1985, correspondiente a la incorporación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de responsabilidad por daños

⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pág. 167.

⁸⁷ El análisis de esta materia se desarrollará en base al actual articulado de la LGDCU. Evidentemente, gran parte de las opiniones de autores citadas están contenidas en trabajos escritos con anterioridad a la entrada en vigencia a Real Decreto Legislativo 1/2007, de manera que me he tomado la libertad de adoptar los contenidos de esas opiniones a la legislación vigente, la que, en todo caso, no presenta diferencias de fondo sustanciales con los cuerpos legales derogados.

causados por productos defectuosos⁸⁸ y, al igual que ésta, estableció un sistema de responsabilidad objetiva (como lo estima la mayoría de la doctrina), reproducido en la actual LGDCU, de acuerdo al cual los productores son responsables de los daños causados por productos defectuosos que, respectivamente, fabriquen o importen (artículo 135)⁸⁹. De acuerdo a esta ley, entonces, los sujetos pasivos responsables por los daños que causen los productos que fabriquen o importen serán los productores. Para estos efectos, el artículo 5 considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo. Por su parte, el artículo 138 complementa esta regla, al disponer que es productor el fabricante o importador en la Unión Europea de un producto terminado, de cualquier elemento integrado en un producto terminado o de una materia prima.

Como presupuestos de responsabilidad, indica el artículo 139 de la Ley que el perjudicado por el producto en cuestión que pretenda obtener una reparación por el daño causado, deberá asumir la carga de la prueba del defecto del producto, del daño del que ha sido víctima y la relación de causalidad entre uno y otro. La Ley no ofrece mayores dudas al respecto.

En caso de que el productor no pueda ser identificado, se considerará como tal el proveedor del producto defectuoso (artículo 138.2), a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La

⁸⁸ Con anterioridad a este cuerpo legal se dictó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, que fue la primera consagración en el ordenamiento español de una normativa dedicada expresamente a la protección de los consumidores frente a daños causados por productos o servicios defectuosos. La Ley de 1994, al comprender en su marco regulatorio a los daños producidos por un producto defectuoso consistente en un bien mueble independiente o incorporado a otro inmueble (artículo 2º), incluidos el gas y la electricidad y los productos agrícolas que hayan sido objeto de un proceso de manipulación, redujo el ámbito de aplicación del texto de 1984, circunscribiéndolo a los daños por productos no previstos por aquella, como pueden ser los bienes inmuebles y los servicios en general.

⁸⁹ El artículo 145 de la LGDCU permite al fabricante eximirse de responsabilidad, o reducirla, en los casos que éste contempla o si aquél logra probar la concurrencia de culpa del perjudicado.

misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.

De acuerdo al artículo 132 de la Ley, cuando sean varios los sujetos que deban responder por un mismo daño, todos ellos lo harán solidariamente⁹⁰.

3.1. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN MATERIA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS. EL ARTÍCULO 132 DE LA LGDCU

El texto exacto del artículo 132 de la LGDCU, dice lo siguiente: “Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño”⁹¹.

Como es sabido, la solidaridad es uno de los instrumentos utilizados para hacer real y efectiva la protección de la víctima de un daño causado por una multiplicidad de agentes: en el caso que nos ocupa, los productores, en sus facetas de fabricantes o importadores, o eventualmente los suministradores, como se desprende de los artículos 5 y 138 de la Ley. Esta solidaridad puede observarse desde dos ángulos: el de las relaciones externas, en primer lugar, que comprende aquellas establecidas entre el acreedor y los responsables o deudores solidarios, y el de las relaciones internas, en segundo lugar, que nacen entre los coobligados y que permite que aquel que ha satisfecho la indemnización se dirija posteriormente

⁹⁰ Regla que tiene un símil anterior en el artículo 27.2 de la Ley 26/1984, de Defensa de Consumidores y Usuarios, el cual señalaba literalmente: “Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños”. La Ley de 1994 acogió esta regla, la que, a su vez, constituye una aplicación legislativa de la doctrina jurisprudencial de la aplicación de la responsabilidad solidaria en aquellos casos en que no sea posible determinar el causante de un daño de entre varios posibles (ATAZ LÓPEZ, Joaquín, “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, en *Iniuria*, número 5, enero-marzo 1995, pág. 79).

⁹¹ Texto que deriva del artículo 5 de la Directiva 374/1985 de la Unión Europea, cuyo tenor es el que sigue: “Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir”.

contra los demás⁹². Sin duda, el primero de estos ángulos es el más atingente a la cuestión que interesa en este apartado.

Teniendo claro que los sujetos que pueden llegar a ser condenados en forma solidaria por ser responsables del mismo daño son el productor y el suministrador final⁹³, se hace también indispensable clarificar que el hecho de ser éstos los sujetos pasivos de la figura de responsabilidad civil de la Ley, no significa que todos ellos van a ser responsables del daño causado. O, en otras palabras, la LGDCU impone la solidaridad cuando a la producción del daño hubieran concurrido varias personas, pero ello no puede deducirse sin más del hecho de que hayan intervenido en la elaboración y comercialización del producto varios sujetos, sino que es necesario precisar cuáles de todos esos agentes han contribuido a la producción del daño⁹⁴. Por tanto, se requiere lograr la identificación de quiénes pudieron tener un grado de intervención tal en la cadena de producción que amerite que se les responsabilice por el daño causado y dirigirse en contra de alguno de ellos⁹⁵, para lo cual es previo determinar en qué hipótesis un cierto número de personas serán responsables del mismo daño, dentro del espíritu de la Ley.

⁹² GÓMEZ CALERO, Juan, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Dykinson, 1996, pág. 97; JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw Hill, 1998, pág. 338.

⁹³ Los autores suelen hacer ciertas precisiones respecto de las diversas situaciones en que se materializa esta responsabilidad. Así, GÓMEZ CALERO (*Responsabilidad civil por productos defectuosos, op. cit.*, págs. 97 y 98) distingue las siguientes posibilidades: “a) el fabricante (material o real) o el importador de un producto terminado defectuoso; b) El fabricante (material o real) o el importador de un ‘elemento integrado’ que convierte el producto final en defectuoso; el fabricante (material o real)...o el importador de una ‘materia prima’, unida o incorporada a un producto acabado, al que transforma en producto defectuoso; c) el suministrador que, no siendo conocido el fabricante o importador (según los casos), no hace saber a tiempo el nombre o la identidad de uno o de otro; d) el suministrador que distribuye o facilita el producto defectuoso a sabiendas de la existencia del defecto; y e) el ‘fabricante aparente’ que, no habiendo fabricado realmente el producto defectuoso, lo identifica e individualiza con su nombre o denominación social, con su marca o con cualquier signo distinto.”

⁹⁴ PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, 1990, pág. 425; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, 2004, págs. 270 y ss.

⁹⁵ PARRA LUCÁN, al comentar la solidaridad del artículo 27.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (*Daños por productos y protección del consumidor, op. cit.*, págs. 424 y 425), antecedente directo del artículo 7 de la Ley 22/1994 y del actual artículo 132 de la LGDCU, señala que la intención original de sus autores era facilitar la reclamación de la víctima hasta el punto de que fuera indiferente demandar a uno u otro miembro de la cadena de producción o distribución, es decir, que al consumidor perjudicado le bastara con probar que el producto no había sido correctamente elaborado o comercializado para poder reclamar la indemnización a cualquier

De acuerdo a ese espíritu y a los propios preceptos de la Ley, se desprende que es posible una serie de combinaciones entre los diversos sujetos pasivos de la responsabilidad que ella ha previsto y que den lugar a la condena solidaria de la pluralidad de agentes que ha provocado el daño. Hay varios ejemplos posibles de personas responsables del mismo daño: el fabricante del producto acabado y el fabricante de una parte, componente o materia prima de ese producto; el fabricante del producto acabado y el importador de un componente o materia prima; el fabricante y el suministrador de productos anónimos, o éste y el importador⁹⁶; o el caso del proveedor de mala fe, contemplado en el artículo 146 de la Ley, que es aquel que suministra un producto en conocimiento del defecto que padece, quien puede ser corresponsable junto con el fabricante o con el importador del producto, entre otras. Lo que sí queda descartado es que puedan concurrir conjuntamente a la producción del daño el fabricante (material o real) y el importador, por cuanto si el producto es fabricado dentro del territorio de la Unión Europea, no pudo haber sido introducido (importado) desde fuera de ese territorio, y viceversa. Asimismo, tampoco podría observarse la concurrencia en la producción del daño del suministrador, tal como lo define el artículo 138.2 de la Ley⁹⁷, con el fabricante o con el importador, debido a que esa norma preceptúa la responsabilidad del suministrador como subsidiaria, para el caso de no encontrarse identificado alguno de los otros dos sujetos pasivos⁹⁸.

En fin, que la circunstancia de estar involucrados el fabricante, el importador y el suministrador, en cualquiera de las combinaciones y número que la situación concreta ofrezca, no significa que todos van a responder en forma solidaria frente al ofendido en virtud del artículo 132 de la Ley, sino que para que ello llegue a suceder efectivamente será necesario que las personas participantes en

integrante de dicha cadena. Tal idea no prosperó y por ello todos los preceptos mencionados prevén una situación diferente.

⁹⁶ JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 341.

⁹⁷ Artículo 138.2: “Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante”.

⁹⁸ GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, *op. cit.*, pág. 98.

la cadena de fabricación, importación y comercialización sean responsables del mismo daño, esto es, haber contribuido a la producción del defecto generador del daño. La responsabilidad será solidaria, con lo que, es sabido, el ofendido se encuentra liberado de demostrar la cuota de participación de cada agente en la producción del daño y está habilitado para demandar a todos esos agentes o a cualquiera de ellos por el total de la indemnización⁹⁹, sin que el elegido pueda oponer la excepción de litis consorcio pasivo necesario, sino únicamente aquellas causas de exoneración de responsabilidad que la Ley establece en el artículo 140, o cualquiera otra que pueda proporcionar el sistema del Código civil¹⁰⁰.

3.2. RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN MATERIA DE DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

La reseña expuesta en el apartado anterior constituye una breve explicación del funcionamiento de la responsabilidad solidaria en la LGDCU. Para los efectos de nuestro estudio, corresponde examinar la posibilidad de su aplicación a casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo conocido. Ya sabemos que por aplicación de la Ley los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad civil pueden ser el productor (fabricante o importador) y el suministrador, tal como los conceptualiza los artículos 5 y 138. En caso de que varios de esos sujetos pasivos sean responsables del mismo daño, responderán todos en forma solidaria, si es que se da alguna de las combinaciones a que aludí en el apartado anterior. Pues bien, el problema surge cuando alguno de esos sujetos pasivos está constituido por un grupo numeroso de ellos (de fabricantes, importadores o suministradores), siendo imposible identificar al agente que realizó la actividad de fabricación, importación o puesta en circulación del producto. Por

⁹⁹ La Ley 22/1994 no reconocía expresamente el derecho de regreso de quien ha pagado la indemnización en contra de los demás coresponsables. Para DÍEZ-PICAZO (*Derecho de daños, op. cit.*, págs. 148 y 149), era claro que el condenado al pago tiene este derecho de acuerdo con las reglas generales. Si es posible determinar el causante real del daño, el derecho de regreso del condenado sin ser causante será por la totalidad de lo pagado. Si no es posible, la distribución será proporcional, presentándose el problema de determinar si la proporción se mide en base a la participación en la fabricación del producto o a las cuotas de comercialización. Por supuesto, actualmente el problema se encuentra zanjado con el artículo 132 de la actual LGDCU.

¹⁰⁰ Una extensa enumeración despliega GÓMEZ CALERO en *Responsabilidad civil por productos defectuosos, op. cit.*, págs. 99 y 100.

ejemplo, porque un medicamento es fabricado por varios laboratorios; porque se trata de un producto consumible, respecto del cual el perjudicado, luego de consumirlo, no posee datos que identifique al fabricante; o, en fin, porque el producto se ha destruido y no se sabe quién lo fabricó.

Para encontrar un camino de solución al problema aplicando el sistema de la LGDCU, conviene hacer de forma previa ciertas precisiones que clarifiquen conceptos. El ya mencionado artículo 139 de la Ley exige al perjudicado probar la existencia de un daño sufrido por él, así como la existencia de un defecto en el producto y la relación causal entre ambas circunstancias. Sin embargo, es necesario aclarar que la Ley de ninguna manera exige al ofendido probar que la persona a quien se está demandando es el fabricante o importador del producto defectuoso, ni que ese demandado fue quien provocó el defecto¹⁰¹. Es decir, la Ley no exige comprobar un vínculo causal entre la conducta del fabricante o importador del producto y el defecto que provoca el daño. Ello, porque la Ley responsabiliza a aquellos de los daños causados por los defectos en los productos que han puesto en circulación en el mercado¹⁰², y solamente podrán eludir esa responsabilidad en los casos que la misma Ley ha previsto¹⁰³. Sin embargo, es evidente que para que la

¹⁰¹ PARRA LUCÁN, “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, en *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Aranzadi, 2002, págs. 1210 y 1211.

¹⁰² “La decisión de atribuir la carga de la prueba al productor se justifica por el hecho de que el fabricante conoce mejor que la víctima todas las circunstancias relativas a la condición del producto. El está en condiciones de demostrar las circunstancias concretas en que se elaboró el producto, los controles a que se sometió e, incluso, las causas concretas que a su juicio pudieron provocar el accidente: mal uso del producto, inadecuada conservación o manipulación.” (PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, op. cit., pág. 593).

¹⁰³ “Artículo 140. Causas de exoneración de responsabilidad.

1. El productor no será responsable si prueba:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.
- e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.

acción ejercitada por el perjudicado llegue a buen puerto es necesario que el sujeto a quien se está demandando sea efectivamente quien fabricó el producto que causa los daños¹⁰⁴, es decir, el requisito de la autoría sigue siendo inexcusable para obtener una condena por responsabilidad¹⁰⁵.

Siendo así, y teniendo el fabricante o el importador, en su caso, el papel asignado de sujeto pasivo de la acción de responsabilidad que concede esta Ley, la incógnita que nos interesa resolver aparece cuando el perjudicado ha identificado el producto y el defecto en éste que le ha causado un daño, siendo perfectamente capaz de probar el nexo causal entre defecto y daño, pero se trata de un producto fabricado o importado por un cierto número de fabricantes o importadores, de entre los cuales no puede identificar al preciso agente que puso en circulación el producto en cuestión.

Nuevamente nos vemos enfrentados, ahora en la regulación española de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, a una situación de regulación de perjuicios provocados por una pluralidad de agentes,

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e”.

¹⁰⁴ Respecto de esta última afirmación, cabe plantearse si está realmente obligada la víctima a probar que el demandado es realmente el fabricante del producto. La inquietud aparece porque el artículo 140.1.a) de la LGDCU exige al fabricante probar que no fue él quien puso el producto en circulación, como forma de exoneración de responsabilidad. De ser así, bastaría con que el perjudicado demandara a uno o más fabricantes, ya que éstos tendrían la carga de probar que no fueron quienes pusieron en circulación el producto dañoso. Así razona, por ejemplo, JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 286. En cambio, Patricia CILLERO DE CABO (*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Cívitas, 2000, pág. 133), descarta que se pueda llegar a esa conclusión a partir del texto de ese artículo, fundada en que el fabricante debe probar, para alcanzar la exoneración, que él no “puso en circulación” el producto, y no que fue él quien lo “fabricó”, labor ésta que correspondería al demandante. Además, dice la autora que tal disposición de la Ley contempla un supuesto en que el fabricante queda exonerado al demostrar que el producto le fue sustraído o fue comercializado sin su consentimiento. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *op. cit.*, pág. 589, y DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *Revista Jurídica de Cataluña*, tomo IV, 1997, págs. 79 y 80.

¹⁰⁵ La SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2001 ha señalado que “*aunque al perjudicado se le exime de probar la culpa..., no se le exonera de acreditar que ese sujeto haya intervenido realmente...Sin la prueba plena del requisito básico de la autoría, ni siquiera es dable la aplicación del art. 5 de dicha Ley (22/1994), toda vez que los demandados han de ostentar la cualidad jurídica exigida por la Ley y...ostentar la titularidad pasiva, la legitimación pasiva ad causam de la relación jurídica deducida en el litigio..., por lo que la norma indicada resulta inoperante, no ya por la inexistencia de la relación causa-efecto, sino porque la Ley presupone y subsume la constatación de los sujetos intervinientes*”.

pero no a la variante que nos preocupa específicamente, como es aquella en que el agente es indeterminado y único, pero integrante de un grupo definido. Esto, porque el artículo 132 se ocupa de aquellos casos en que el daño es causado por varios sujetos, fabricantes, importadores o suministradores, según el caso, pero no va más allá de manera expresa¹⁰⁶, lo que nos obliga a buscar alternativas que permitan resolver la hipótesis.

Una primera vía de solución podría ser la utilización y aplicación del artículo 138.2 de la Ley, que permite considerar como fabricante o importador al suministrador del producto, en caso que aquellos no sean identificados y siempre que éste no proporcione su identidad dentro del plazo de tres meses. Así, la Ley establecería un mecanismo de solución al problema de la no identificación del fabricante o importador, consistente en una verdadera responsabilidad supletoria que afecta a este último¹⁰⁷. Sin embargo, esta posibilidad es descartada por DE ÁNGEL, para quien este precepto no se aplica a los casos de daños causados por un producto fabricado o importado por un fabricante o importador no determinado, dentro de un posible grupo de ellos, sino a aquellas hipótesis en que simplemente no se puede identificar al fabricante o importador, por no figurar su identidad en el producto o haber sido comercializado este sin marca¹⁰⁸.

Lo cierto es que a primera vista la disposición en comento no parece restringir en algún sentido su aplicación, y tratándose de un productor que no está identificado, cualquiera sea la razón, siempre cabría emplearlo para solucionar el problema que nos ocupa. El punto es que, como remarca CILLERO DE CABO¹⁰⁹, no parece haber sido ese el sentido perseguido por los autores de la primitiva Ley 22/1994, sino que la idea inspiradora habría sido circunscribir el artículo 4.3 (actual artículo 138.2 de la LGDCU) a los casos de daños causados por productos en los que no consta materialmente la identidad del fabricante o importador. Por el contrario, la

¹⁰⁶ CILLERO DE CABO (*La responsabilidad civil del suministrador...*, *op. cit.*, pág. 134), atribuye este vacío legal a la falta de previsión del legislador en esta materia, a consecuencia de la cual la Ley 22/1994 no resuelve este supuesto. Sin embargo, se encarga de recalcar, acertadamente, que si la Ley española no se ocupa de esta hipótesis es porque la Directiva en la que se basa tampoco lo hace.

¹⁰⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 335.

¹⁰⁸ DE ÁNGEL, "Actuación dañosa de los grupos", *op. cit.*, pág. 80.

¹⁰⁹ CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador...*, *op. cit.*, pág. 132.

opinión de la autora se inclina por considerar como injusta la atribución de responsabilidad al suministrador sin darle la posibilidad de exonerarse de ella, a través de la identificación del fabricante del producto, posibilidad que se le negaría cuando se aplica la disposición en comento a casos en que se desconoce qué producto en concreto provocó el daño y se pretende que el suministrador identifique al fabricante del mismo, sin que se encuentre en condiciones de saber qué producto de los que él pudo suministrar fue el que lo causó.

Si nos guiamos por las aseveraciones de los autores recién citados, parece que tendremos que descartar a la propia LGDCU como fuente de solución directa a la hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo (o, lo que es lo mismo, producto fabricado por un fabricante indeterminado), por lo menos en lo que respecta al artículo 138.2. De ser así, se hace necesario recurrir a otras fórmulas, algunas de ellas propuestas por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas.

Dentro de estas fórmulas, la más difundida y estudiada, además de ser la que mayor aplicación observa, es la surgida en el Derecho norteamericano y conocida como responsabilidad por cuota de mercado o *market share liability*¹¹⁰. Acerca de esta teoría y su pertinencia en el ordenamiento jurídico español ya me he extendido latamente en este trabajo, de modo que es válido remitirme a lo ya expresado. De modo que sólo me queda por recordar que, en el campo específico de la responsabilidad por productos defectuosos, las opiniones son discrepantes. Mientras autores como CAVANILLAS¹¹¹ manifiestan su rechazo a la aplicación de esta teoría en el ámbito español, MARÍN LÓPEZ¹¹² no avista ningún obstáculo para la aplicación de la *market share liability* cuando no es posible identificar al fabricante o importador del producto dañoso, de entre todos que pueden tener ese

¹¹⁰ Digamos que no es la única. Otras serían la teoría de la actuación concertada y la teoría de la responsabilidad de empresa. Un análisis resumido de ellas se puede encontrar en el artículo de DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, *op. cit.*, pág. 83.

¹¹¹ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en *Iniuria*, número 5, enero-marzo de 1995, pág. 42.

¹¹² MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Daños por productos: estado de la cuestión*, Editorial Tecnos, 2001, pág. 103 y ss.

carácter. De hecho, este último autor ve grandes similitudes entre esta fórmula y la responsabilidad colectiva que establecen el artículo 33 de la Ley de Caza y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 1983, que ya hemos analizado, por lo que se trataría de una solución que cuenta con ciertos precedentes legales y jurisprudenciales que avalarían su introducción en el sistema español¹¹³. Siempre sería necesario, me gustaría agregar, que el afectado acreditase previamente el nexo causal entre el daño sufrido y el producto defectuoso, el cual debe tener ese carácter en los términos del artículo 139 de la Ley, así como los posibles productores o importadores involucrados a la fecha de adquisición del producto en el ámbito geográfico en que ella se hizo.

En esto último concuerda DE ÁNGEL¹¹⁴, aunque su opinión se inclina por aplicar preferentemente la fórmula de la responsabilidad solidaria de todos los fabricantes que pudieron ser los elaboradores del producto defectuoso, es decir, apuesta por la responsabilidad colectiva. Además de todos los argumentos que ha expuesto en sus diversos escritos a favor de esta solución, y que se han reproducido a lo largo de esta investigación, agrega una nueva alegación, basada en el sistema de responsabilidad que establece la LGDCU. El autor opina que si la Ley consagra un sistema de responsabilidad objetiva, esto es, por el solo hecho de poner en circulación un producto, las objeciones a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo deberían ser menores. “Es claro que la <indiferencia> de la culpa en un sistema de responsabilidad objetiva como el que nos ocupa no disipa la necesidad...de acreditar la identidad del presunto responsable..., pero parece también evidente que el hecho de que un fabricante haya puesto en circulación un producto defectuoso...puede justificar la solución que se sugiere”¹¹⁵.

Pero también DE ÁNGEL ve cierto asidero a la aplicación de la responsabilidad del grupo en función de sus cuotas de participación. Al igual que

¹¹³ El mismo autor recalca que el principio *market share liability* ha sido recomendado por el Libro verde “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, presentado por la Comisión de la Unión Europea el día 28 de julio de 1999, para todos aquellos casos en que no sea posible al dañado identificar al fabricante de un producto defectuoso por ser varios los productores que podrían haberlo desarrollado. (MARÍN LÓPEZ, *Daños por productos: estado de la cuestión*, op. cit., pág. 100.)

¹¹⁴ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, op. cit., pág. 90.

¹¹⁵ DE ÁNGEL, “Actuación dañosa de los grupos”, op. cit., pág. 89.

MARÍN LÓPEZ, recurre a la analogía, esta vez con sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a propósito del artículo 1591 del Código civil, en virtud del cual se han impuesto condenas a los varios partícipes en la construcción de un edificio en proporción al beneficio que han obtenido o podido obtener por sus respectivas actividades en la obra. Claro que en estos casos la responsabilidad de los miembros del grupo (de fabricantes o importadores) debería ser solidaria, de acuerdo con la línea jurisprudencial española en materia de ilícitos comunes realizados mediante coautoría o en casos de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, por lo que la cuota correspondiente a cada uno de esos fabricantes o importadores solamente tendría relevancia en las relaciones internas que existen entre ellos y que operan al momento de ser ejercidas las acciones con las que se persiga el reembolso de las cantidades pagadas.

MÚRTULA, por su parte, es de la opinión de que las reglas de la responsabilidad colectiva también son aplicables a los casos previstos por la LGDCU, pero sin necesidad de recurrir a los principios reguladores de la responsabilidad por cuota de mercado, sino por la simple aplicación del actual artículo 132, que dispone la responsabilidad solidaria, con el artículo 138.2. Agrega que, para aplicar la responsabilidad solidaria a los miembros del grupo, la labor de la jurisprudencia debería centrarse en invertir la prueba del riesgo creado a cargo de cada uno de ellos, respecto de los cuales el ofendido pueda demostrar que pudieron producir el daño por haber fabricado un producto potencialmente dañoso. En otros términos, aplicar una presunción de causalidad, que no sería incompatible con la exigencia de la prueba causal entre acción y daño, puesto que el fabricante puede probar que él no elaboró el producto que causó el daño, a fin de exonerarse de responsabilidad¹¹⁶.

También se inclina por la condena solidaria de los sujetos pasivos CAVANILLAS¹¹⁷, quien aborda el tema no desde la perspectiva de una

¹¹⁶ MÚRTULA, Virginia, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005, págs. 292 y 293.

¹¹⁷ CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, págs. 149 a 152.

multiplicidad de fabricantes o importadores, sino desde la incertidumbre entre fabricante (o importador) y suministrador, y cuál de estos sujetos tuvo injerencia en la causación del defecto causante del daño, lo que el autor denomina la “causa ignota”. “Si en determinados casos, suficientemente identificables y agrupables como para formar un supuesto normativo, la probabilidad de que el defecto proceda del riesgo de uno de los dos sujetos es muy superior a la posibilidad contraria, puede señalarse legislativamente como único responsable a éste sujeto...”. Ahora, si esta regla no aporta datos significativos, productor y vendedor responderán solidariamente¹¹⁸, conservando el demandado en ambas hipótesis la posibilidad de liberarse de responsabilidad probando que el defecto procede del otro sujeto. La verdad es que la idea de base del pensamiento de este autor no tiene mayor cabida a la luz de la LGDCU, en la que el problema no se plantea entre fabricante y suministrador, porque siempre la responsabilidad se reconduce al primero y sólo en forma subsidiaria responde el segundo¹¹⁹. De todos modos, los conceptos por él desarrollados son de mucha utilidad para la justificación de la responsabilidad solidaria en el caso que estamos analizando.

Del mismo modo, es partidaria de la responsabilidad solidaria CILLERO DE CABO¹²⁰, para quien es admisible la idea de que el perjudicado pueda demandar y obtener una indemnización de una pluralidad de fabricantes, pero con una condición: que se trate de productores que, por las circunstancias del tiempo y lugar en que fue adquirido, hubieran podido serlo del producto que ocasionó el daño, y no logren demostrar lo contrario. En otras palabras, la autora cree que es necesario limitar las facilidades que se le otorgan al ofendido de demandar a un gran número de fabricantes, en función de ciertos criterios de tiempo y espacio que hagan más concreta la posibilidad que el o los demandados hayan realmente fabricado el producto que le ocasiona un daño. No es una idea muy lejana a la propuesta por CAVANILLAS, ni tampoco muy distinta a la pauta que he propiciado como esencial

¹¹⁸ Recurre el autor a la analogía con el artículo 33.5 de la Ley de Caza y a la STS de 8 de febrero de 1983 como argumentos.

¹¹⁹ El estudio corresponde al año 1985, en que sólo se encontraba vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y dentro de ese contexto fue elaborado por su autor.

¹²⁰ CILLERO DE CABO, *La responsabilidad civil del suministrador...*, *op. cit.*, págs. 134 y 135.

para la aplicación de la responsabilidad colectiva, cual es la existencia de una unidad espacio-temporal en la actuación del grupo.

3.3. COMENTARIOS FINALES

Como hemos tenido oportunidad de ver, la LGDCU no soluciona expresamente el problema de la determinación del fabricante de un producto defectuoso de entre varios posibles, lo cual constituye un serio inconveniente para el demandante, ya que, si bien la Ley no le exige probar la persona del productor que fabricó el producto, ni que éste es el causante del defecto que provoca el daño, lo cierto es que, en los hechos, se requiere saber cuál es el responsable de la fabricación del producto defectuoso para alcanzar éxito con la acción iniciada. Ante el vacío legal, los autores proponen soluciones de mayor o menor eficacia, siendo la teoría de la *market share liability* la que mayor atención concita, a pesar de existir discrepancias acerca de su aplicabilidad en el ordenamiento español.

La verdad es que mi opinión se inclina por la aplicación de la responsabilidad solidaria cuando no es posible determinar al fabricante o importador de entre todo un conjunto de ellos. No sólo por las razones ya expuestas a lo largo de esta investigación, o por las opiniones reseñadas de los autores citados más arriba, que en general me parecen plenamente atendibles, sino porque la *market share liability*, con todo lo atractivo de su propuesta, no es una fórmula inserta en el ordenamiento jurídico español, y por ello es extraña a la voluntad que históricamente informa la responsabilidad por daños causados por una pluralidad de sujetos. Además, porque me parece que la solidaridad es más cercana al espíritu del artículo 132 de la Ley, que la consagra expresamente para los casos de coautoría en la producción de un daño. Si bien el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo no corresponde a esta clase de hipótesis, su solución se inspira en la misma fuente, y se aproxima más claramente a la intención legislativa de resguardar los derechos de los consumidores y su protección en toda instancia.

Tomando en cuenta este contexto, corresponde hacerme cargo de la aseveración del profesor Luis DÍEZ-PICAZO con que inicié este apartado. La verdad es que el análisis del sistema de la actual LGDCU y la situación general del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en el ordenamiento civil español me hace aceptar lo afirmado por el prestigioso profesor, no sin antes formular un par de observaciones. Me parece, y así lo he dicho más arriba, que este texto legal lo que hace es consagrar de forma directa un régimen de responsabilidad por coautoría en la causación de daños derivados de productos defectuosos, y ya se sabe que la coautoría no es lo mismo que el daño causado por un agente no identificado, integrante de un colectivo. La Ley no va más allá de ese supuesto de coautoría y la posibilidad de aplicar la responsabilidad colectiva en este campo encuentra su sustento más en el traslado de la idea inspiradora del artículo 132 a una figura de similares características, en el pensamiento de la doctrina científica y en la línea jurisprudencial actual, que en las reales posibilidades que ofrece el supuesto previsto literalmente por el legislador. Por otra parte, la circunstancia de condenar solidariamente a quienes han contribuido a la producción del daño no representa a estas alturas una verdadera novedad en la reglamentación legislativa especial española por responsabilidad extracontractual.

Lo que sí constituye el precepto en estudio, en forma indudable, es una manifestación concreta de la voluntad del legislador de superar los inconvenientes derivados de la falta de precisión en la identificación del causante de un daño, mediante la imposición de responsabilidad aún en casos de falta de aquella, en busca de la protección de las víctimas y la obtención de soluciones manifiestamente inspiradas en la justicia y en la tranquilidad social. De modo que, en mi opinión, si bien el artículo 132 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no alcanza por sí solo la contundencia y expresividad que en ese sentido tiene el artículo 33.5 de la Ley de Caza, no debe negarse su trascendencia como un antecedente de apoyo y sustento ideológico para la implementación de la responsabilidad colectiva en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en España, como mecanismo de solución al daño causado por el integrante anónimo de un grupo.

4. ALGUNOS CASOS ESPECIALES DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Hasta este punto de mi investigación he desarrollado el tema de la responsabilidad colectiva dentro de la regulación que el ordenamiento español hace de materias que revisten especial importancia dentro del sistema de responsabilidad civil, como las reglas sobre protección del consumidor y el Derecho del medio ambiente, o en las que existe una especial solución para el caso de los daños causados por miembro indeterminado de un grupo, como sucede en la Ley de Caza, o en preceptos que si bien no están dedicados especialmente a esta categoría de daño, bien pueden solucionar los problemas que de él se derivan, como el artículo 1910 del Código civil. Como hacer un análisis de todas aquellas materias susceptibles de insertarse en uno u otro grupo significaría darle a este trabajo proporciones desmesuradas, en este apartado me dedicaré a exponer breve y someramente el panorama del daño de autor anónimo y la responsabilidad colectiva en algunos campos en que, si bien no existe un tratamiento sistemático, sí es posible observar algún interés de la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, que permite aportar algunas conclusiones interesantes para el objeto de mi estudio.

4.1. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA PROVENIENTE DEL EJERCICIO GRUPAL DE PROFESIONES LIBERALES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA ACTIVIDAD MÉDICA

El fenómeno de la colectivización de las actividades económicas se ha extendido también al ámbito del ejercicio de las actividades profesionales. La transformación del desempeño de estas ocupaciones eminentemente individuales, en razón de su naturaleza fundamentalmente intelectual¹²¹, ha sido una consecuencia de los cambios y progresos experimentados

¹²¹ Aunque, como señala Mariano YZQUIERDO TOLSADA, "...no toda profesión intelectual es profesión liberal, ni toda actividad que se desempeña de modo libre o autónomo es propiamente intelectual. Lo intelectual sugiere una característica intrínseca de la actividad, independiente de la relación existente entre profesional y cliente. En cambio, la expresión liberal pone el acento en la ausencia de subordinación entre ambos". ("El ejercicio en grupo de profesiones liberales", en *La*

por los grupos sociales en materia económica, social y tecnológica, y ha impuesto a quienes desarrollan una profesión, abogacía, medicina, ingeniería o cualquiera que ella sea, la necesidad de enfrentar sus funciones de formas alejadas de lo tradicionalmente observado. Los requerimientos provenientes de la complejidad y extensión de las labores a desarrollar, además de los costos que ello puede traer aparejado, conlleva la urgencia de contar con otros especialistas del área que puedan ocuparse de aspectos específicos de la materia abordada, además de dejar en evidencia la imposibilidad de exigir a un solo profesional el dominio de todos aquellos temas vinculados con las imprevistos o vicisitudes que puedan aparecer en el camino. Como señala YZQUIERDO TOLSADA, esta transformación afecta por sobre todo a tres grandes aspectos: la aparición de nuevas fórmulas de organización al interior del grupo de profesionales, nuevos métodos de trabajo y, lo que más nos interesa, una marcada tendencia a la agrupación de varios profesionales en el ejercicio de su actividad¹²².

Este ejercicio conjunto por parte de aquellas personas que detentan un grado profesional, al igual que sucede en el ejercicio independiente de estas actividades, puede dar origen a perjuicios que afecten a terceras personas, lo que hace nacer una responsabilidad civil profesional, que MARTÍNEZ-CALCERRADA ha definido como aquella "...que contraen o se atribuye a aquellas personas que en el ejercicio de su quehacer profesional y, precisamente por eso, incurren en un ilícito o infringen un precepto que produce consecuencias perjudiciales para una persona..."¹²³. Así, el grupo profesional o alguno de sus miembros puede apartarse del correcto desempeño de su actividad, causando daños y perjuicios que exigen ser indemnizados. Inmediatamente surge el problema de determinar de qué manera afrontará su responsabilidad tal profesional. Si está claro que el daño ha devenido por el actuar negligente o irresponsable de uno solo de esos integrantes del equipo profesional y él se encuentra perfectamente identificado, no caben dudas acerca de la persona en quien va a recaer la responsabilidad. El

responsabilidad civil profesional, reproducido por Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA, Editorial Colex, 1996, pág. 292.)

¹²² YZQUIERDO TOLSADA, "El ejercicio en grupo de profesiones liberales", *op. cit.*, pág. 281.

¹²³ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 17.

problema se torna más complejo cuando la actuación dañosa proviene de la actividad grupal, y ya entra en nuestro terreno si es imposible identificar al autor único y anónimo de ese daño. Todo esto se agrava ante las claras dificultades de prueba con que puede encontrarse la víctima, quien muchas veces deberá demostrar que ha existido un error de procedimiento en profesionales que se encuentran capacitados en materias altamente técnicas y específicas, de las que, por lo general, no tiene dominio alguno. Sumemos a esto la posibilidad cierta del desconocimiento del profesional particular, integrante del equipo en cuestión, responsable de la actuación dañosa concreta, completamente esperable en una actividad emprendida grupalmente, lo que, ya sabemos de sobra, es facilitado y alentado por el anonimato.

Además, es necesario tener presente que la naturaleza del grupo o equipo profesional es importante al momento de deslindar responsabilidades civiles, por lo que se impone la urgencia de hacer precisiones en este sentido. De esto y de las manifestaciones de responsabilidad colectiva en el campo de la responsabilidad civil profesional me ocuparé a partir de ahora¹²⁴.

4.1.1. NATURALEZA DEL GRUPO PROFESIONAL

La fisonomía del grupo profesional puede ser distinta y asumir variadas formas, y de ello va a depender la imputación de responsabilidad a sus integrantes por el hecho dañoso, sea en forma individual, colectiva o a través de una persona determinada en su carácter de superior jerárquico.

¹²⁴ Como ya lo he dicho en varias ocasiones, no es la intención de este capítulo ni de esta investigación profundizar exhaustivamente en los pormenores de cada una de las materias tratadas, sino en lo que sea estrictamente pertinente y funcional al análisis del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y a la responsabilidad colectiva. De ahí que no se incluirá en este estudio un tratamiento extendido de las formas de agrupación profesional ni su admisibilidad y reglamentación en el Derecho español. Para ello existen trabajos especializados mucho más recomendables y específicos, como los ya citados de YZQUIERDO TOLSADA y MARTÍNEZ-CALCERRADA, o la obra de Virginia MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, ob. cit., pág. 162 y ss. Dentro de la literatura extranjera, es recomendable el libro de Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, Legis, 2006.

Me parece que lo más adecuado, siguiendo una estructura ya utilizada por YZQUIERDO TOLSADA¹²⁵, es distinguir tres posibles formas de actuación de los equipos profesionales: como sujetos de dependencia en una relación laboral, bajo la forma de una sociedad de profesionales y como un grupo reunido de forma accidental o para la realización de una actividad específica. Partiendo de esta clasificación, sabremos cómo se estructura el trabajo del grupo de profesionales liberales, y si es posible llegar a encontrar una situación de responsabilidad solidaria por la indeterminación del autor del daño extracontractual.

A pesar de lo contradictorio que en principio pueda parecer, lo cierto es que hoy en día es cada vez más frecuente, y hasta necesario para un exitoso desarrollo profesional, el sometimiento de los llamados profesionales liberales a regímenes de subordinación y dependencia a un empleador. Esta dependencia se manifiesta en la celebración de un contrato entre ese profesional y quien asume el papel de empresario, por el cual se regulan una serie de detalles de la vinculación laboral entre ambos por todo el tiempo que pacten (horario, remuneraciones, políticas de conducta profesional, obligaciones específicas). Sin embargo, se impone precisar que una relación de este carácter no significa necesariamente para el profesional una pérdida total de su autonomía como tal, sino que el nexo laboral debe ser comprendido de manera flexible, que no afecte la capacidad del médico, abogado o cualquier otra clase de especialista para llevar adelante su labor del modo que mejor le parezca en atención al supuesto concreto en el que se desenvuelva, por ser ésta precisamente una característica de su labor. El contrato de trabajo que ha celebrado le impone, sin duda, un conjunto de obligaciones y directrices que orientarán su desempeño en la empresa u organización que se trate, pero ello no puede coartar el grado de libertad mínimo con que debe contar un profesional liberal, que por esta misma naturaleza independiente cuenta con una preparación técnica en materias específicas, de una cualificación superior a la observable en otros técnicos. Por lo tanto, reitero que la contradicción a que hacía alusión al inicio de este párrafo no es más que aparente y la compatibilidad entre relación laboral o de dependencia y el carácter liberal de una profesión, debe darse por entendida en la

¹²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, “El ejercicio en grupo de profesiones liberales”, *op. cit.*, págs. 287 y ss.

realidad profesional actual. La situación de sometimiento del profesional liberal a un empleador no pone fin a su libertad (o por lo menos no debiera hacerlo) para desarrollar su cometido particular de la manera que mejor se acomode a la ciencia de su profesión.

Por otra parte, y como lo recalca el autor más arriba citado, al ser plenamente posible este régimen de dependencia laboral entre el profesional liberal y un empleador, cualquiera sea su naturaleza, ese profesional se encuentra desvinculado contractualmente con la persona a quien ha de prestar sus servicios. Desde el momento que el profesional opta por ponerse a disposición de un empleador, deja de lado una relación jurídicamente directa con el cliente, quien se entenderá con el sujeto que primeramente ha contratado al especialista. Así, el paciente recurrirá a la clínica, con quien celebrará el contrato de servicios respectivo y que dispondrá de uno o más facultativos para su atención, así como un despacho de abogados lo hará con cierto número de profesionales. Pero siempre serán lazos jurídicos entre una empresa y un cliente.

Cuando el profesional liberal actúa bajo la dependencia de un empleador o empresario, como en los casos de médicos contratados por una clínica privada, la norma de responsabilidad extracontractual aplicable será la del artículo 1903.4 del Código civil, que la establece para aquellos casos en que el daño se produce por el actuar de personas por quienes se debe responder¹²⁶. El empresario, en su calidad de empleador en la relación laboral, afronta la responsabilidad extracontractual por daños causados por los profesionales a sus órdenes, sea que ellos aparezcan como consecuencia de un obrar individual o en grupo, y en este último caso, aún cuando el autor material sea imposible de determinar. Por supuesto que el empresario conserva las acciones de regreso en contra de aquel o aquellos por quienes tuvo que responder, según se desprende del artículo 1904 del Código civil.

¹²⁶ Artículo 1903.4: “Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

Como señala YZQUIERDO TOLSADA¹²⁷, esta solución es consonante con los objetivos que persigue el contemporáneo Derecho de daños, pues favorece a la víctima al proporcionarle comodidad en la persecución del responsable y la respectiva indemnización, además de evitar una serie de inconvenientes prácticos¹²⁸, como podrían ser aquellos derivados de la dificultosa determinación de la procedencia del daño, sobre todo si se trata de una multiplicidad de posibles causas¹²⁹. Y, por supuesto, la circunstancia de ser desconocida la identidad de quien, con su actuar negligente da origen al daño, queda en un lugar completamente secundario a los efectos de nuestro estudio.

Sobra decir, a la luz de lo anteriormente reseñado, que si el daño producido por el actuar negligente del profesional constituye la infracción a una obligación derivada de la relación existente entre el empleador de aquél y el tercero, la responsabilidad dimanante será de naturaleza contractual, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1101 y ss. del Código civil.

También es posible que un conjunto de profesionales de una actividad determinada o un equipo multidisciplinario compuesto por especialistas de áreas diversas, decida unir fuerzas en una entidad societaria, esto es, bajo la forma

¹²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, “El ejercicio en grupo de profesiones liberales”, *op. cit.*, pág. 295.

¹²⁸ Este mismo autor hace ver que la problemática en esta solución puede estar referida a la determinación de qué daños debe responder el empleador. Existen dos posibilidades. La primera consiste en que el empleador responda por todos los daños causados por él o los profesionales bajo su dirección, lo que significa considerables ventajas para la víctima, quien no deberá realizar la labor de distinguir entre las obligaciones de uno u otro para perseguir las respectivas responsabilidades: todo queda a cargo del empleador. La segunda alternativa consiste en hacer responsable al empresario de los daños emanados del incumplimiento de aquellas obligaciones del profesional que nacen estrictamente del contrato de trabajo, en tanto que éste último debe responder por consecuencias dañosas provenientes de “error de diagnóstico”, esto es, equivocaciones en que incurriría el profesional en el ejercicio de su arte y que le incumben sólo a él. YZQUIERDO TOLSADA, a la hora de optar por uno u otro camino, sostiene que “en consonancia con las orientaciones actuales en materia de responsabilidad civil (tendientes a la cada vez más intensa protección de las víctimas de los daños) que, en general, hay razones para defender la responsabilidad del empresario en todo caso, sin discriminar entre esferas de actividad dependiente e independiente” (“El ejercicio en grupo de profesiones liberales”, *op. cit.*, pág. 295). Este razonamiento me identifica, sobre todo por su precisión para resaltar la utilidad que esta solución plantea para la víctima, quien queda eximida de este modo de lo que puede ser una ardua faena probatoria de la causa del daño y si ésta deriva del incumplimiento de la obligación del empresario o del profesional.

¹²⁹ Imagínese el caso de una persona sometida a una intervención quirúrgica en una clínica privada, a consecuencia de la cual sufre una fuerte hemorragia. Probablemente sea difícil saber cuál integrante del equipo médico cometió la negligencia que derivó en tal inconveniente, pero el problema se subsana a través de la imputación de responsabilidad a la clínica.

de una sociedad de profesionales. Estas sociedades de profesionales pueden ser de dos clases: sociedades profesionales en sentido estricto, “que son sociedades externas (y, por tanto, dotadas de personalidad jurídica) que tienen por objeto la prestación de servicios profesionales a través de sus socios y donde cada uno de ellos aporta su propia actividad profesional, con el fin de contribuir al levantamiento de los gastos comunes de su profesión y repartir la ganancia obtenida con ese ejercicio. Por otro lado, se encontrarían las llamadas *sociedades entre profesionales*, que son organizaciones cuya finalidad consiste en facilitar el ejercicio individual de la profesión de sus miembros. En este caso el ejercicio profesional se realiza a título individual, no como en la sociedad de profesionales donde la sociedad se presenta frente a terceros como <el profesional> y es con quien contrata el cliente”¹³⁰.

En lo que dice relación con la primera forma societaria descrita, no parecen haber grandes problemas que dilucidar: la responsabilidad, al igual que en la hipótesis de subordinación laboral del profesional, recaerá en la sociedad profesional, aún cuando se desconozca el causante del daño. La responsabilidad, sea contractual o extracontractual, afectará a una persona jurídica, por lo que la falta de determinación del autor material será irrelevante para estos efectos.

Respecto de la segunda clase de asociación profesional, comparto la tesis de YZQUIERDO TOLSADA¹³¹ en cuanto a rechazar la responsabilidad de la sociedad por daños causados exclusivamente por uno de sus componentes en el ejercicio de la respectiva disciplina, puesto que el principio rector en esta materia siempre debe ser la responsabilidad personal de cada uno de los asociados por sus propios actos, a diferencia de lo que ocurre cuando el profesional actúa bajo una relación de dependencia laboral o como integrante de una sociedad profesional¹³². Eso sí, este autor no aborda el caso de un trabajo colectivo realizado

¹³⁰ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 162.

¹³¹ YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, págs. 288 y 289.

¹³² Interesante es el ejemplo que ofrece el Derecho comparado y que nuestro tratadista menciona en su trabajo. Se trata de la Ley francesa de sociedades civiles profesionales, de 29 de noviembre de 1966, y que a esta misma hipótesis impone una solución mixta, consistente en hacer responsable a cada asociado por los actos que ejecuten, pero adicionándole la responsabilidad de la sociedad por esos mismos actos (sin importar si se conoce o no la identidad del asociado que provoca el daño). Como bien indica YZQUIERDO TOLSADA, el inconveniente de esta doble responsabilidad está en que,

por parte de algunos de esos asociados, o todos ellos directamente, abocados a una tarea específica, en la cual pueda provocarse un perjuicio. Mi opinión apunta a aplicar a ese sub-grupo la misma regla que al profesional individual, considerándolo como una unidad, en la que todos serán responsables por las consecuencias dañosas, a menos que uno de ellos pueda demostrar que su participación no tuvo injerencia en ellas, caso en el que se eximiría de toda responsabilidad. Y en el supuesto que exista claridad de que solamente uno de los miembros del equipo pudo haber sido responsable de un daño, pero llega a ser imposible su identificación por una razón cualquiera, me parece plenamente aplicable una responsabilidad colectiva y la condena solidaria de todos ellos, siempre y cuando confluayan todos los otros requisitos necesarios para llegar a esa conclusión¹³³.

La tercera posibilidad del esquema propuesto consiste en que la formación de un equipo profesional tenga un carácter ocasional o accidental, especialmente pensada y planificada para llevar a cabo una actividad determinada o para concretar cierto proyecto, carente de toda forma societaria o de personalidad jurídica alguna. Ya no se trata de grupos al servicio de un empresario o dependientes de un empleador, ni de especialistas constituidos como una persona jurídica para el desempeño de una o varias profesiones, sino que de un conjunto de profesionales reunidos para acometer una empresa que difícilmente podría llevarse a cabo, por sus características, de forma individual. En situaciones como ésta es donde más claramente se puede llegar a la aplicación de la responsabilidad colectiva, porque no hay de por medio una figura como la del empleador o una persona jurídica que agrupe a los profesionales y que puedan plantear dudas acerca de una desviación de la responsabilidad hacia esos entes¹³⁴. Al tratarse de un grupo ocasionalmente reunido, la responsabilidad extracontractual recaerá sobre todos los miembros del grupo profesional o sobre los que sean responsables exclusivos del perjuicio. Y si se

en definitiva, lo más probable es que todos los asociados deban responder por los hechos de uno de ellos, lo que, agrego por mi parte, suena admisible únicamente cuando se desconoce quién es el autor del daño.

¹³³ MÚRTULA agrega a estas conclusiones que el criterio de imputación subjetiva en estos casos de responsabilidad colectiva es la culpa, la que se presumirá, puesto que siempre existirá una culpa *in eligendo* o *in vigilando* respecto de aquellos compañeros de profesión que pudieron producir el daño (*La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 180).

¹³⁴ Concuera con esta apreciación MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, pág. 181.

trata de un caso de daños causados por un anónimo integrante de ese equipo, sin duda que la solución de la responsabilidad colectiva es perfectamente utilizable.

Ahora bien, al estudiar esta materia, MOSSET ITURRASPE ha establecido un requisito necesario para la configuración de la responsabilidad colectiva, que a su vez nos hace estudiar otra forma de clasificar los grupos de profesionales: debe tratarse de grupos sin jefatura o liderazgo alguno. Sostiene este autor que los grupos de profesionales pueden asumir dos categorías: grupos “verticales” o sujetos a una autoridad, y grupos “horizontales” o formados por profesionales no dependientes de un líder¹³⁵. Las reglas de la responsabilidad colectiva, entonces, solamente serían aplicables en este último tipo de grupos profesionales, puesto que en los grupos verticales la responsabilidad recaería en el cabeza de grupo, en virtud de la aplicación de los principios sobre responsabilidad por hecho ajeno¹³⁶. Esto último me merece un comentario. La responsabilidad, creo, será del jefe del equipo siempre y cuando se den dos circunstancias: que exista una real subordinación de los demás profesionales al líder (por razones de dependencia laboral o de otro tipo, y no porque entre todos los miembros del equipo hayan designado a uno de ellos como mero coordinador de las labores), y siempre y cuando no se trate de actos personalísimos a desarrollar por cada profesional en específico y que son propios del área en que es especialista, por cuanto aquí la responsabilidad corresponde a ese integrante de manera exclusiva, en razón de la propia naturaleza de su labor, que solamente él puede llevar a cabo y para ello se encuentra comisionado.

Me gustaría finalizar este trazado teórico, en que he tratado de describir las principales posibilidades de agrupación profesional, y lo que es más importante, como ellas inciden en el nacimiento de la responsabilidad colectiva,

¹³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, pág. 112. Con similar fisonomía proponen esta clasificación en la literatura jurídica española Agustín JORGE BARREIRO, en *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Editorial Tecnos, 1990, págs. 136 a 166; y José Manuel MARTÍN BERNAL, “Responsabilidad médica y derecho de los pacientes”, en *La Ley-Actualidad*, 1998, págs. 296 y 297.

¹³⁶ Precisemos que MOSSET ITURRASPE hace esta distinción partiendo siempre de la base de grupos ocasionales de profesionales. Respecto de grupos sujetos a la potestad de un empleador o que conforman una sociedad, los excluye por tener normas propias y especiales de responsabilidad.

señalando, al igual que MÚRTULA¹³⁷, que la reunión de profesionales en ciertas clases de asociaciones constituye una eficaz manera de atenuar los problemas derivados de los daños causados por un miembro anónimo de un grupo en el ámbito del ejercicio de profesiones liberales. Esto porque, si la responsabilidad es contractual, el ofendido recurrirá en contra del ente social con el que contrató; y si es extracontractual, el efecto será el mismo, sólo que en virtud de un fundamento legal diferente. Nuestro interés, entonces, se centra en aquellas figuras desprovistas de personalidad jurídica, por cuanto es a ellas a las que podemos aplicar las reglas de la responsabilidad grupal solidaria.

4.1.2. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y EL EJERCICIO GRUPAL DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Quiero dedicar un espacio al tema de la responsabilidad colectiva en el ámbito del ejercicio de la medicina, porque me parece que se trata de una de las profesiones liberales donde más frecuentemente y de manera más clara se observa el trabajo conjunto de especialistas de esta disciplina, además de ser una fuente pródiga de casos de responsabilidad extracontractual en general, razón por la que se le ha dedicado abundante doctrina, tanto científica como jurisprudencial.

Semejante transformación de la medicina, desde una actividad de ejercicio eminentemente individual hasta la formación de diversas especies de agrupaciones, responde a las nuevas exigencias planteadas por factores tales como el desarrollo tecnológico, el aumento poblacional, especialmente el crecimiento desorbitado de las grandes ciudades, y la necesidad de celeridad en la atención y aplicación de tratamiento de los pacientes. Particularmente, este último factor obliga a la especialización de los médicos, a fin de que, frente a un caso puntual, se cuente con un profesional especialmente preparado que proporcione una opinión autorizada sobre algún aspecto en que otros profesionales no tengan conocimientos tan acabados¹³⁸.

¹³⁷ MÚRTULA, *La responsabilidad civil por los daños...*, *op. cit.*, págs. 180 y 181.

¹³⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Editorial Trivium, Madrid, 1988, pág. 258.

Estas circunstancias originan una situación de necesidad resuelta por el agrupamiento de facultativos en equipos o grupos médicos, lo que debería redundar en el beneficio del paciente, quien gozaría de una atención de mejor calidad y con mayores probabilidades de certeza en el diagnóstico y tratamiento de su dolencia. Sin embargo, este luminoso panorama puede verse ensombrecido por la aparición de un error en el proceso curativo, que desemboque en la producción de alguna consecuencia dañosa para la salud del enfermo, y de la cual deberá nacer la responsabilidad para su autor. Si éste es conocido y no existen dudas acerca de su negligencia, la responsabilidad recaerá sobre él. Pero cuando las características del perjuicio provocado al paciente, así como el entorno en que se ha producido, hacen imposible saber a cabalidad quién es el responsable de tal resultado, se hace necesario recurrir a otros mecanismos que permitan salvaguardar los derechos del afectado o sus causahabientes. La responsabilidad colectiva puede ser uno de esos mecanismos, pero como ya he advertido a lo largo de esta investigación, para llegar a esa conclusión es necesario hacer un análisis previo del entorno fáctico y jurídico que rodea a la negligencia causada en el trabajo médico de grupo.

4.1.3. NOTA PRELIMINAR ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

No es mi intención extenderme en demasía en este aspecto del estudio, puesto que significaría alejarme considerablemente de una de las premisas sobre la que se estructura el enfoque de este capítulo, cual es el tratamiento de los diversos temas en rigurosa relación con el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, pero considero de mucha utilidad unas breves reflexiones sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los médicos¹³⁹. Sobre todo porque he sido insistente en hacer ver que la óptica bajo la que he abordado el estudio de esta forma de daño es la de la responsabilidad aquiliana y la posibilidad de encontrar dentro de esta una solución

¹³⁹ Sobre esta materia ASÚA, Clara, “Responsabilidad civil médica”, en *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, pág. 972 y ss.

para aquél, y lo cierto es que la responsabilidad médica no es sinónimo, necesariamente, de responsabilidad extracontractual.

En efecto, lo habitualmente observado en la práctica de las relaciones es que la responsabilidad proveniente del ejercicio de la actividad médica es de carácter contractual¹⁴⁰, basada en la existencia previa de un contrato de servicios entre médico y paciente, o entre éste y un centro asistencial, público o privado, cuya regulación general se encuentra en los artículos 1101 y siguientes del Código civil. A pesar de ello, y como observa LOBATO GÓMEZ, “...suele aceptarse por una buena parte de la doctrina y la práctica jurisprudencial más común que el régimen jurídico relativo a la responsabilidad extracontractual, aquiliana o por actos ilícitos puede aplicarse al caso sin mayores dificultades”¹⁴¹. Es decir, estamos en presencia de un cúmulo o concurso de responsabilidades, frente al cual el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad que el ofendido pueda ejercer el derecho a optar entre la acción contractual o extracontractual que estime conveniente¹⁴². Pero, lo cierto es que lo normal será que los daños producidos en el ejercicio de la actividad médica se enmarquen en el ámbito de un vínculo contractual, y si se admite la posibilidad de la responsabilidad extracontractual no es sino porque, en el incumplimiento total o parcial de sus obligaciones de parte del

¹⁴⁰ La doctrina en general asume esta idea. Por todos, Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Editorial Montecorvo, 2001, pág. 177.

¹⁴¹ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Antonio Cabanillas Sánchez, coordinador, Editorial Thompson-Civitas, 2003, pág. 2281 y 2282. De acuerdo a este autor, las razones que han impuesto este pensamiento son de índole social, ya que “...debe prevalecer siempre el llamado principio *pro damnato*, quien sufre un daño no está obligado a soportarlo y hay que buscar siempre su reparación; el médico, al celebrar el contrato de servicios médicos, y junto a las obligaciones estrictamente contractuales, contrae con el paciente una especie de obligación de seguridad que garantiza al paciente su vida y su integridad física, por lo que cualquiera que sea la actuación del médico está garantizada su incolumidad corporal. No existen (ni deben existir) diferencias sustanciales entre ambos órdenes de responsabilidad, y juega, en todo caso, el llamado principio de unidad de culpa, pues el concepto de culpa es idéntico en cualquier clase de responsabilidad”.

¹⁴² GÓMEZ CALLE, Esther, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1998, pág. 1715. Como demostración de este planteamiento, la autora cita la STS de 15 de febrero de 1993, según la cual “cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos; todo a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”.

médico, también se puede derivar un daño que signifique una violación del deber general de no dañar a otros que informa la responsabilidad aquiliana. Es más, GÓMEZ CALLE¹⁴³ considera que intentar delimitar los casos en que un acto médico dañoso origina una o otra clase de responsabilidad carece de trascendencia práctica, sea porque los regímenes de otra clase de responsabilidad son cada vez más cercanos, sea por lo ya anotado acerca de la opción que se le permite a la víctima al accionar.

Al ser tan difusos los límites entre la responsabilidad contractual y aquiliana en el campo de la medicina, es posible abordar el estudio de la responsabilidad médica grupal con cierta libertad. Como ya se ha dicho, las normas de uno u otro ámbito son plenamente aplicables a daños provenientes de actos médicos, incluyendo a los de un equipo de facultativos, con lo que la observación que he realizado en todos aquellos contenidos de este capítulo correspondientes al campo contractual (responsabilidad de los hospederos, por ejemplo), puede ser omitida y, por lo mismo, me es posible afirmar que todo lo que de ahora en adelante se concluya respecto de el ejercicio grupal de la medicina es plenamente aplicable en materia extracontractual.

4.1.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO COLECTIVO DE LA MEDICINA

Como ya se ha dicho, la decisión de llevar a cabo la actividad médica en forma colectiva es un fenómeno completamente habitual en nuestros días¹⁴⁴, alentado por la necesidad de los médicos de proporcionar el mejor servicio

¹⁴³ GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *op. cit.*, págs. 1714 y 1715.

¹⁴⁴ A pesar de lo cual no existe hoy en día una regulación legal del trabajo médico en equipo. El único atisbo de reglamentación de esta forma de trabajo se encuentra en el artículo 35 del Código de Ética y Deontología Profesional, cuyo tenor literal es el siguiente: “1. El ejercicio de la Medicina en equipo no debe dar lugar a excesos de actuaciones médicas.
2. Sin perjuicio de las posibles responsabilidades subsidiarias, la responsabilidad individual del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo.
3. La jerarquía dentro del equipo médico deberá ser respetada pero nunca podrá constituir un instrumento de dominio o exaltación personal. Quien ostente la dirección del grupo cuidará de que exista un ambiente de exigencia ética y de tolerancia para la diversidad de opiniones profesionales, y

posible a quienes recurren a ellos, a través de una atención de varios profesionales, normalmente expertos en diversas especialidades o ramas de la medicina. Así, se procura obtener un diagnóstico y llevar a cabo un tratamiento lo más completo y preciso posible. El problema que ya he anunciado radica en determinar cómo se atribuye la responsabilidad cuando el actuar de este colectivo de médicos, o el de uno o varios de sus miembros, se traduce en un daño para el paciente, que éste no se encuentre jurídicamente obligado a soportar. Y, por supuesto, ese problema se torna aún más interesante cuando el daño causado se caracteriza por provenir de un autor indeterminado.

Para abordar la eventual responsabilidad colectiva de pluralidades de médicos, conviene seguir la recomendación de LLAMAS POMBO¹⁴⁵, quien diferencia lo que es el “grupo de médicos” del “equipo médico”. El primero es el “...conjunto de facultativos que comparten locales e instalaciones, se prestan servicios mutuos, establecen turnos de guardias para las noches y días festivos, etc.”. El segundo concepto, en tanto, alude a “...una realidad bien diferente: varios médicos, normalmente pertenecientes a distintas especialidades, intervienen simultáneamente en una determinada fase de la actividad médica, a menudo en la de tratamiento, y particularmente si éste es quirúrgico, o bien lo hacen complementando mutuamente sus respectivos cometidos, con un objetivo común en relación a la salud del paciente”. Hay, entonces, una diferencia fundamental entre ambos tipos de asociación, y que se refiere al objetivo perseguido: en tanto que el grupo médico busca la mejor manera de desempeñar su actividad, en el sentido de superar problemas que podríamos llamar “domésticos” (horarios, turnos, costos), los equipos médicos persiguen afrontar el tratamiento y atención de un paciente de manera tal que se pueda llegar a un resultado lo más satisfactorio y exitoso posible, sobre todo si ello involucra alguna intervención quirúrgica. Este último aspecto trasciende a la

aceptará la abstención de actuar cuando alguno de sus componentes oponga una objeción razonada de ciencia o conciencia.

4. Los Colegios no autorizarán la constitución de grupos en los que pudiera darse la explotación de alguno de sus miembros por parte de otros.”

¹⁴⁵ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, op. cit., pág. 327. Recogen también esta distinción Luis GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, Editorial Bosch, 1990, pág. 143, y José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Editorial Comares, 2002, pág. 353.

mera distribución de trabajo, sin perjuicio que se trata de un factor muy importante a considerar por ese equipo médico.

FERNÁNDEZ COSTALES¹⁴⁶ también hace una distinción en la forma en que los conjuntos de médicos realizan su actividad: puede observarse esta modalidad de ejercicio en el marco de un Centro Sanitario de diferente tamaño o denominación (hospital, clínica, etc.), perteneciente al sector público o privado. O bien, puede manifestarse como un consultorio médico en equipo en que los galenos pongan en común los medios necesarios al efecto o actúen en colaboración sin forma asociativa alguna.

Finalmente, también ha querido aportar una distinción del trabajo médico colectivo FERNÁNDEZ HIERRO¹⁴⁷. Este autor distingue:

- 1.- La consulta médica colectiva, conocida también como medicina de grupo y que se caracteriza porque lo único que liga a sus integrantes son las consultas físicas o los servicios comunes.
- 2.- El equipo médico, al que identifica por no ser un mero ejercicio de la medicina por varios profesionales en un mismo lugar sin ninguna otra conexión, sino como una forma de prestar asistencia al enfermo de manera coordinada por varios especialistas en las diversas ramas médicas¹⁴⁸.
- 3.- La intervención de diversos profesionales de una misma rama de la medicina que traten, simultánea o sucesivamente, a un mismo enfermo. Si la intervención es simultánea, la responsabilidad será conjunta y solidaria, salvo en el ya mencionado caso de actos personalísimos de cada médico. Si la intervención es sucesiva, la responsabilidad de cada facultativo dura hasta el momento en que cesa de prestar cuidados al paciente¹⁴⁹.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, 1987, pág. 166.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, op. cit., págs. 350 y 351.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, op. cit., pág. 351 y ss.

¹⁴⁹ Lo interesante de esta última clase de trabajo médico colectivo radica en que la actividad común que desarrollan los profesionales de la medicina no se lleva a cabo en forma simultánea, sino que de manera correlativa en el tiempo, en forma de etapas que se van clausurando por cada facultativo. Sin embargo, cabe hacer una precisión a la distribución de responsabilidad que hace el autor: aún cuando la intervención médica plural sea sucesiva desde el punto de vista temporal, no significa necesariamente que la responsabilidad de los profesionales vaya a ser individual, puesto que es

Una vez expuestas las posibles formas de agrupación de los médicos, y partiendo de la premisa de que el equipo médico, entendido como el conjunto de profesionales abocados conjuntamente a la realización de uno o varios actos médicos, es la instancia donde potencialmente puede surgir la responsabilidad colectiva, al tratarse de un conjunto de individuos llevando a cabo una actividad común, procede deslindar las formas en que puede atribuirse responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de esta actividad.

LLAMAS POMBO¹⁵⁰ considera que, sea que se trate de grupos o equipos médicos, no existen grandes problemas de atribución de responsabilidad en la medida que la actividad de cada profesional se encuentre delimitada, se trate de especialistas distintos o de varios de una misma especialidad, porque cada uno de ellos será responsable de los daños causados dentro de su propia esfera de actuación. Por lo tanto, el auténtico inconveniente aparece cuando tal separación de actividades no es posible o tan clara. Asunto que se torna aún más complejo si consideramos la opinión de una autora, según la cual “si el origen de la conducta culposa, omisiva o positiva, que ocasionó los daños pudiera localizarse sin ninguna duda en un centro jurídico de imputación de responsabilidad, sea persona física o jurídica, sólo a ésta debería demandarse...Sin embargo, en la actualidad dista mucho de ser sencilla la verificación de tal operación, pues no sólo es frecuente que la actuación médica se

perfectamente posible que la acción de cada uno de ellos confluya en un mismo resultado dañoso, caso en el cual la responsabilidad será solidaria. En este sentido, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, op. cit., págs. 328 y 329. Profundizando esta idea, soy de la opinión de que si la actuación sucesiva de una serie de médicos hace imposible saber cuál de ellos es el responsable de los daños que afectan al paciente, es perfectamente admisible la condena solidaria de todos ellos, por tratarse de un daño causado por miembro indeterminado de un grupo. En contra de esta idea ha fallado el Tribunal Supremo, específicamente en el caso ya comentado de la Sentencia de 22 de junio de 2000 (RJ 4431), en que se desestimó la demanda de la víctima de una gangrena causada por la sucesiva e inadecuada aplicación de inyecciones por parte de tres auxiliare técnicos sanitarios, en un lapso de tres días, sin que fuera posible comprobar cuál de ellos fue el responsable directo, justificando la decisión en no encontrarse probada la relación de causalidad entre el daño y alguno de esos auxiliares. Un comentarista de esta sentencia manifestó su desconsuelo frente a la resolución del Supremo, que por supuesto comparto, señalando que “no puede menos que causar desasosiego la lectura de esta sentencia, sobre todo al declararse en ella con toda claridad la actuación profesional negligente del demandado...Si se estima que los tres han podido intervenir en los hechos determinantes del fatal desenlace...¿no cabría aplicar la responsabilidad solidaria?...” (GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Comentario de la STS de 22 de junio de 2000”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2001, pág. 1800).

¹⁵⁰ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, op. cit., pág. 328.

desarrolle a través de equipos de trabajo, conformados por una pluralidad de sujetos, sino también que las prestaciones sanitarias se ofrezcan en sanatorios o clínicas privados cuya titularidad no corresponde a los que materialmente actuaron o en centros dependientes de la Administración central, autonómica o incluso provincial”¹⁵¹.

Ante el brumoso panorama recién descrito, se impone realizar una labor de clarificación que despeje dudas en cuanto a las situaciones de participación de un equipo médico y las formas de atribución de responsabilidad que sean pertinentes en cada caso. Una vía adecuada, siguiendo una pauta propuesta por FERNÁNDEZ HIERRO¹⁵², puede ser la siguiente:

1.- Existencia de un equipo médico que realiza su actividad en el seno de un centro hospitalario, público o privado: en palabras de LLAMAS POMBO, el problema de la responsabilidad médica por actuación grupal “es una cuestión absolutamente independiente y separable de lo que plantea el ejercicio de la Medicina en una clínica pública o privada, tanto teóricamente como en la práctica de las situaciones en que uno y otro problema se plantean”¹⁵³. Las palabras del tratadista encuentran su justificación en la circunstancia de encontrarse subordinado el equipo médico a la dirección del respectivo centro hospitalario, que es el responsable frente a la víctima por cualquier daño que se le cause en alguna etapa del tratamiento a que se ha sometido. Si existe esa relación de subordinación o dependencia entre los integrantes del equipo médico y el hospital o clínica, la dirección de estos centros deberá asumir la responsabilidad por los hechos de sus dependientes, en virtud de lo establecido en el artículo 1903 del Código civil. Este parece ser el sentir de la mayoría de la doctrina¹⁵⁴, así como de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha validado la

¹⁵¹ DÍEZ MARTÍNEZ, Ana, “Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria”, en *Aranzadi Civil*, 1996, Tomo I, volumen III, pág. 175.

¹⁵² FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, *op. cit.*, pág. 355.

¹⁵³ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, *op. cit.*, pág. 326.

¹⁵⁴ SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, *op. cit.*, págs. 216 y 217; Manuel ALONSO OLEA, “Responsabilidad del hospital por el acto del médico”, en *Civitas Revista española de Derecho del trabajo*, septiembre/octubre de 1996, pág. 781; GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *op. cit.*, pág. 1737; LLAMAS POMBO, Eugenio, “Comentario de la STS de 4 de noviembre de 1992”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*,

responsabilidad de los centros hospitalarios en diversas resoluciones, consagrando una doctrina en esta materia, conforme a la cual “el art. 1903 del CC supone una responsabilidad directa que no está subordinada a la individualización de un responsable concreto, toda vez que la acción negligente tuvo lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que cabe atribuir a sus empleados, por lo que responde el centro empleador..., sin necesidad de identificación de los concretos sujetos responsables”¹⁵⁵.

Un ejemplo gráfico de esta línea de pensamiento del Supremo lo constituye la Sentencia de 9 de junio de 1998 (RJ 3717), que contundentemente expone: *“El art. 1903 del Código civil, en efecto, que, entraña una responsabilidad directa no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria...Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”*.

De manera más reciente el mismo Tribunal, en su Sentencia de 11 de noviembre de 2002 (RJ 9640) ha sostenido que *“...las modernas directrices jurisprudenciales toman en cuenta el conjunto de deficiencias del Centro para establecer el nexo causal con aquél y el título de imputación que se extiende a la propia entidad, aunque no figuren especificados los agentes concretos que contribuyeron al mismo...Por consiguiente, no es necesario que la víctima o*

septiembre/diciembre de 1992, págs. 998 y ss.; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, 1985, pág. 347 y ss., entre otros.

¹⁵⁵ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad civil médica”, en *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 193.

perjudicado por la asistencia sanitaria identifique al concreto dependiente o agente sanitario que con dolo o culpa causó el daño respectivo, pues basta, para la estimación de la demanda civil, con probar que alguien-dentro de la organización hospitalaria-incurrió en culpa y que dicha actuación u omisión culposa o negligente fue la causa del daño (lo que se conoce como “culpa anónima”, “culpa indeterminada” o “culpa de dependiente anónimo”).

En otras palabras, el artículo 1903 es reconocido por el Tribunal Supremo, de manera más bien indirecta, claro está, como un mecanismo de resarcimiento del daño causado por el integrante indeterminado de un grupo, en este caso, alguno de los profesionales que componen el conjunto de profesionales que laboran al interior del centro hospitalario.

2.- Un equipo médico compuesto por un conjunto de profesionales que no se han agrupado bajo una forma societaria¹⁵⁶, o en que no haya subordinación laboral de sus integrantes a uno de ellos¹⁵⁷: en hipótesis como éstas, y asumiendo que no se ha podido determinar cuál de todos los profesionales del equipo es el causante del daño, una posible solución sería cargar la responsabilidad sobre los hombros del jefe del equipo médico¹⁵⁸, como parece sugerirlo MOSSET ITURRASPE¹⁵⁹. Sin embargo, LLAMAS POMBO¹⁶⁰ opina que esta solución puede ser muy drástica para con ese facultativo, por lo que cree que resultaría más conveniente responsabilizar al equipo

¹⁵⁶ Porque de ser así, la responsabilidad afectaría a la sociedad de profesionales con la que ha contratado el paciente, y eventualmente alcanzaría al médico responsable, siempre que sea posible su identificación como autor del daño.

¹⁵⁷ Situación perfectamente posible en la práctica, especialmente en aquellas situaciones en que un médico, a fin de afrontar un tratamiento específico, contrata al personal médico y auxiliar que necesite. En este caso, el paciente deberá exigir responsabilidad por daños al profesional con quien ha contratado, responsabilidad que será de carácter contractual, por existir un vínculo de este tipo entre ambos. Sin perjuicio de esto, existen dudas en doctrina acerca de la naturaleza de la responsabilidad de los médicos que integran el equipo y que no contrataron con la víctima.

¹⁵⁸ No me parece esencial que exista un jefe del equipo médico para que éste se constituya válidamente, por lo que la designación de uno de esos profesionales como líder del colectivo puede ser muy conveniente desde un punto de vista práctico, pero no una imposición. De la opinión contraria parece ser FERNÁNDEZ HIERRO (*Sistema de responsabilidad médica, op. cit.*, pág. 356). De todos modos, no debe olvidarse que este detalle carece de trascendencia en las asociaciones de médicos o en equipos que dependen laboralmente de un centro hospitalario, o incluso de un médico que contrata laboralmente a los otros integrantes del equipo, caso en el cual éstos pasan a ser empleados de aquél. Reitero que el equipo médico que nos interesa es aquel en que no existen dependencias entre cada uno de sus integrantes ni de todos éstos con otra persona física o jurídica.

¹⁵⁹ MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, pág. 113.

¹⁶⁰ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico, op. cit.*, págs. 329 a 331.

en su totalidad, responsabilidad que tendría un carácter *in sólido*. En el caso puntual de un daño causado por un componente del equipo a quien es posible identificar, acoge la solución de la responsabilidad colectiva, a fin de no dejar a la víctima sin reparación¹⁶¹.

De un modo similar razona FERNÁNDEZ COSTALES cuando afirma, al hablar sobre la aceptación jurisprudencial de la condena solidaria de los miembros de un colectivo médico por daño provocado conjuntamente, que “...compartimos esta postura cuando en el caso particular no se pueda precisar y probar quién o quiénes y en qué cuantía causaron inmediatamente el daño...”¹⁶². Y como una manera de caracterizar adecuadamente lo que es el equipo médico y la responsabilidad de sus integrantes, FERNÁNDEZ HIERRO impone la exigencia de que se trate “de un equipo verdaderamente integrado, que se demostrara que funciona como tal, y que la falta atañe a una visión conjunta del problema, propia de todo el equipo y no de una especialidad concreta, en cuyo caso sería exigible la responsabilidad sólo al jefe del equipo y a la persona que lo cometa. Cuando se dan las circunstancias descritas puede entenderse que la responsabilidad del equipo es solidaria, sin perjuicio de la posible distribución interna de responsabilidad...”¹⁶³.

En resumen, parece ser un criterio constante en doctrina que la sanción a la actividad dañosa de un equipo médico debe tener como regla maestra la responsabilidad individual de cada profesional, basada en las diferentes áreas de acción de cada uno de los profesionales integrantes, lo que permite inferir cuál médico causó el daño. Sólo cuando esto no es posible, ya que el daño pudo haberse causado por una actuación general o porque lisa y llanamente no es posible conocer al autor del daño, cabe recurrir a la condena solidaria de todo el equipo, siguiendo la que es hoy en día la corriente mayoritaria en jurisprudencia y doctrina. Por tanto,

¹⁶¹ Esto, siempre y cuando el resto del equipo médico no se encuentre subordinado por un contrato de trabajo al jefe del equipo (FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, *op. cit.*, pág. 315).

¹⁶² FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pág. 169. También puede observarse adhesión a este criterio en SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, *op. cit.*, pág. 219; GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *op. cit.*, pág. 1719; GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, 2002, pág. 112, entre muchos otros.

¹⁶³ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, *op. cit.*, pág. 357.

frente a un caso de daño médico causado por el integrante indeterminado de un equipo médico, esto es, un conjunto de personas realizando una actividad en conjunto, la cual deriva en una lesión cuya autoría no se puede comprobar, procede la responsabilidad colectiva. O en los categóricos términos de LLAMAS POMBO, “...para no dejar a la víctima sin reparación, serán responsables todos los componentes de un grupo determinado cuando el agente formaba parte de él y se ignora concretamente a cuál de los sujetos en concreto ha de atribuirse la autoría del hecho agresivo”¹⁶⁴.

Lamentablemente, la opinión de la doctrina científica no ha tenido oportunidad de reflejarse en la doctrina jurisprudencial, como lo ha hecho notar FERNÁNDEZ HIERRO, quien indica que es difícil encontrar fallos donde se aborde la problemática de los equipos médicos¹⁶⁵. Me parece justo precisar que, en mi opinión, esta carencia no se debe necesariamente a un rechazo de los tribunales españoles a resolver adecuadamente las hipótesis de trabajo médico en equipo, sobre todo en nuestros días, en que la tesis de la condena solidaria para los daños causados por grupos, y especialmente los causados por un integrante desconocido, está cada vez más asentada. Lo que sucede en la práctica es que esta clase de equipos desarrollan su actividad en forma más frecuente al interior de centros hospitalarios, sean públicos o privados, donde los facultativos cuentan con mayores herramientas para desempeñar un trabajo exitoso, sobre todo si existe una intervención quirúrgica involucrada. Esto, qué duda cabe, facilita considerablemente el trabajo procesal de las víctimas, quienes pueden demandar directamente a los responsables de tales centros, sin necesidad de indagar en la identidad de las personas que han intervenido en el diagnóstico o tratamiento anómalo. Pero esta facilidad que asiste a los perjudicados nos priva de contar con la visión que la jurisprudencia pueda aportar acerca de la responsabilidad que eventualmente afecte a estos equipos médicos en su actuar fuera de las entidades que normalmente los cobijan.

¹⁶⁴ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico...*, *op. cit.*, págs. 330 y 331. Son de la misma opinión ALONSO OLEA, “Responsabilidad del hospital por el acto del médico”, *op. cit.*, pág. 782, DÍEZ MARTÍNEZ, “Últimos criterios jurisprudenciales...”, *op. cit.*, pág. 176, y Juan BONILLA SÁNCHEZ, *La responsabilidad Médica Extracontractual*, Ediciones Laborum, 2004, pág. 179.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, *op. cit.*, pág. 354.

4.1.5. UN CASO ESPECÍFICO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA: EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR SANGRE CONTAMINADA¹⁶⁶

Como lo pone de manifiesto SEUBA TORREBLANCA¹⁶⁷, uno de los más importantes avances tecnológicos del siglo XX fue conseguir una utilización terapéutica segura de la sangre humana. Sin embargo, también nos dice que ello no excluye completamente el riesgo de contagio de enfermedades por la transfusión de sangre desde un donante contaminado a uno sano o por el empleo de un producto hemoderivado, esto es, fabricado con sangre o componentes sanguíneos contaminados¹⁶⁸.

Ahora bien, los procesos de elaboración de un derivado de la sangre, así como la preparación de una unidad de sangre destinada a ser transfundida, normalmente no están en manos de un solo individuo, sino que atraviesan varias etapas antes de su utilización final, por lo que potencialmente varias personas pueden ser responsables de errores o negligencias que afecten al producto: el organismo encargado de recolectar la sangre, el laboratorio fabricante, los funcionarios que la manipulan, el centro médico donde se le utiliza o las instituciones públicas que deben velar por el control de calidad de los productos. Desde que la sangre es recepcionada hasta que llega al paciente como medicamento o como elemento destinado a ser transfundido, pasa por muchas manos, y es

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ HIERRO se encarga de aclarar que la realización de transfusiones de sangre no requiere necesariamente la intervención, en la mayoría de los casos, de un profesional de la medicina, por lo que no sería una actividad médica propiamente dicha. Sin embargo, recomienda tratarla como tal por su importancia en materia de responsabilidad civil y por su íntima ligazón con esa actividad (*Sistema de responsabilidad médica, op. cit.*, pág. 415). La misma opinión tengo respecto de la contaminación sanguínea por el consumo de productos derivados de la sangre, que parecen más un caso de responsabilidad civil por productos defectuosos.

¹⁶⁷ SEUBA TORREBLANCA, Joan, *Sangre contaminada. Responsabilidad civil y ayudas públicas*, Editorial Civitas, 2002, pág. 35.

¹⁶⁸ Enfermedades como la hepatitis C y el Síndrome de Inmuno-Deficiencia Adquirida han marcado los últimos años por su transmisión por esta vía, y más recientemente se ha descubierto por la comunidad científica que es perfectamente posible que la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob (o enfermedad de las vacas locas) sea transmisible por este conducto.

entonces cuando surge la necesidad de buscar y delimitar las responsabilidades que puedan nacer producto de alguna conducta negligente¹⁶⁹.

Como se ha visto, la regla en materia de daños causados por una pluralidad de agentes es la responsabilidad solidaria de todos los que han intervenido en la causación del daño. Lo mismo puede aplicarse en el proceso que ha llevado a la elaboración de un producto hemoderivado o a la transfusión sanguínea, pero solamente en la medida que estos agentes se encuentren identificados, regla que en esta materia reafirma SEUBA TORREBLANCA¹⁷⁰. Por lo mismo, será problemático encontrar una solución al caso en que no es posible identificar al autor específico del daño, cuando se sepa que solamente uno de los posibles agentes intervinientes ha sido el responsable directo. Esto es especialmente observable y más alejado del mero ejemplo teórico en lo que dice relación con el contagio sanguíneo por consumo de productos hemoderivados. El autor recientemente citado plantea el ejemplo de los hemofílicos que durante muchos años han consumido productos de este tipo fabricados por varios laboratorios distintos y que en algún momento del tratamiento se contagian de alguna patología, precisamente por ingerir el medicamento. Este autor llega a la conclusión de que, en general, y a diferencia de lo que ha ocurrido en otras situaciones, la jurisprudencia española en casos de este tipo ha rechazado las pretensiones indemnizatorias, bajo la común argumentación de no haberse acreditado la existencia de un nexo causal entre uno de los varios centros hospitalarios que proporcionaron el tratamiento nocivo y el contagio¹⁷¹.

Por supuesto que mi apoyo se dirige hacia una solución diferente a la adoptada por los tribunales españoles en esta materia, aunque tampoco se puede exigir mucho cuando no existe una regla legal, general o especial, que sirva

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ HIERRO extiende esta responsabilidad a casos de vacunaciones, en que, si bien no existe una transfusión sanguínea, por las circunstancias y efectos análogos a aquella es aconsejable darles un tratamiento similar (*Sistema de responsabilidad médica, op. cit.*, págs. 415 y 416).

¹⁷⁰ SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada. Responsabilidad civil y ayudas públicas, op. cit.*, pág. 200.

¹⁷¹ El autor menciona a modo de ejemplo las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2000 y la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 1 de septiembre de 1995.

de apoyo a la tesis de la responsabilidad colectiva, aunque se den los requisitos teóricos para ello¹⁷².

Tratándose de la particular situación del consumo de productos hemoderivados contaminados, cabe recordar una fórmula especial a la que ya hice mención en forma detallada anteriormente¹⁷³, creada por la jurisprudencia norteamericana respecto de casos en que no es posible determinar cuál de varios posibles productores del fármaco es el responsable de la contaminación, problema considerablemente grave cuando el infectado ha consumido el mismo producto fabricado por varios laboratorios y durante un tiempo prolongado. Se trata esta situación de la fórmula *market share liability* o responsabilidad por cuota de mercado, que tocaré nuevamente a propósito de los daños causados por productos defectuosos, y que, según ya se vió, puede ser descrita como un sistema de distribución de cuotas de responsabilidad entre los posibles causantes del daño (laboratorios o empresas químicas en este caso) de acuerdo a la proporción que le correspondía a cada uno de ellos en el mercado, en el ámbito territorial y espacial en que se produjo el contagio. Se trata de una solución recurrida en los Estados Unidos a propósito de daños por productos defectuosos que se podría aplicar perfectamente a situaciones de este tipo y que constituye una alternativa a la responsabilidad colectiva y que persigue la misma finalidad: proteger a la víctima y asegurar su derecho a un resarcimiento por el daño sufrido¹⁷⁴.

¹⁷² Ahora bien, corresponde señalar que el Tribunal Supremo ha resuelto casos como el que nos preocupa, a través de otros expedientes, igualmente válidos. Así, el Alto Tribunal aplicó los artículos 1902 y 1903 del Código civil (responsabilidad por el hecho ajeno) en la sentencia de 11 de febrero de 1998 (RJ 707), para resolver a favor de la parte demandante el litigio promovido a causa de un contagio de virus del SIDA mediante transfusiones de sangre a la demandante. Se trataba de un hospital dependiente del INSALUD, donde se realizó el procedimiento defectuoso mediante la utilización de cuatro bolsas de plaquetas, sin que pudiera comprobarse que ellas estaban contaminadas, por lo que el Supremo razonó que el servicio de transfusiones del hospital presentaba un funcionamiento defectuoso.

¹⁷³ *Vid. supra*, Capítulo Sexto, 1.

¹⁷⁴ Además de ser la fórmula recomendada en el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas por Responsabilidad por Productos Defectuosos para casos en que el perjudicado no pueda superar la dificultad de identificar al fabricante.

4.1.6. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

Una vez esbozado el marco teórico del problema de la responsabilidad colectiva en el ejercicio de las profesiones liberales, resulta ineludible hacer mención al régimen de responsabilidad civil de las sociedades profesionales, previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, que contiene normas de derecho societario que regulan fundamentalmente el contrato entre los socios en este tipo de sociedades, y que establece un régimen de responsabilidad frente a terceros por los daños derivados del ejercicio de la profesión que constituya su objeto social¹⁷⁵.

En este sentido, el artículo 11 de la Ley señala que el responsable de las deudas derivadas de actos profesionales será la sociedad y con ella solidariamente los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la provocación del daño, conforme a las reglas de responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. Además, establece la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil profesional que asegure los daños originados como consecuencia del ejercicio de su objeto social.

La disposición adicional segunda de la Ley extiende este régimen a aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional, pero no se hayan constituido en sociedad profesional con arreglo a la nueva Ley y, además, en caso de que dicho ejercicio colectivo se lleve a cabo sin adoptar ninguna forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de la responsabilidad derivada del ejercicio de la profesión.

Como es posible advertir, la Ley efectúa una distinción. En primer lugar, en aquellos casos en que el ejercicio profesional se desarrolla bajo una

¹⁷⁵ Al respecto, resulta recomendable el análisis de este texto legal contenido en el trabajo de Luis JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, “Régimen jurídico de las sociedades profesionales tras la publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo”, en *InDret*, www.indret.com, N° 4, 2007.

modalidad societaria, sea o no en conformidad al régimen previsto por la Ley, la responsabilidad extracontractual será solidaria entre la sociedad y los profesionales - sin importar si son o no socios-, que hayan contribuido a la causación del daño. Desde el punto de vista de la hipótesis del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, me parece que esta norma no contribuye a la solución del problema, puesto que si bien es cierto que la sociedad siempre va a responder, tal como se propuso anteriormente, respecto del conjunto de profesionales específicamente involucrados se mantienen las dudas acerca del autor del daño y, por ende, de quien deberá responder solidariamente con la sociedad, por lo que en definitiva deberá, en mi opinión, recurrirse a la solución de la condena de todo el equipo relacionado con la producción del daño de que se trate. La Ley 2/2007 no se preocupó de resolver este problema puntual.

Más categórica me parece la mencionada Ley en el segundo supuesto de responsabilidad solidaria, que afecta a todos aquellos profesionales que llevan adelante una actividad profesional sin acogerse a forma societaria alguna, quienes responderán, como se dijo, en forma solidaria por los daños derivados del ejercicio grupal de su profesión, sin posibilidad aparente de exoneración, lo que constituye, a primera vista, una forma de responsabilidad objetiva, aplicable incluso en aquellos casos de daños en que se desconoce el único autor de los mismos. Por lo tanto, creo que es posible concluir que la disposición adicional segunda, en su segundo párrafo, si bien no consagra una regla específica de responsabilidad colectiva, sí que previene una fórmula suficientemente amplia como para que puedan subsumirse en ella daños causados por el miembro indeterminado de un grupo que desarrolla una actividad profesional, en términos similares a los que, por ejemplo, hemos observado en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

4.2. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA EN LOS ESPECTÁCULOS DE CARÁCTER MASIVO

Como ya se dijo a propósito de la responsabilidad por daños medioambientales, hay ocasiones en que la responsabilidad colectiva, a pesar de perseguir el objetivo de proteger los intereses de la víctima, puede ocasionarle a ésta algunas dificultades al momento de perseguir una indemnización por esa vía, encontrándose frente a situaciones que son un poco más complejas que la de condenar solidariamente a los miembros de un grupo al que pertenece el autor no identificado del daño. Puntualmente, me quiero ocupar en este apartado del problema que surge cuando el daño se produce en espectáculos de carácter masivo, tales como los deportivos, o en otras situaciones que por su naturaleza agrupan a cantidades considerablemente numerosas de personas.

El inconveniente que se observa en este tipo de coyuntura viene dado precisamente por la presencia especialmente abundante de individuos que conforman el grupo al que, en principio, debería demandar la víctima. No se trata de un problema de ausencia de alguno de los requisitos que se deben cumplir para que nazca la responsabilidad colectiva, puesto que se trataría de hipótesis en que hay un daño causado por una persona que integra una pluralidad de sujetos, pero no siendo posible su identificación, todo lo cual debería permitir a la víctima alegar precisamente esta responsabilidad. Se trata de un problema de número: la cantidad de personas a quien podría demandar el dañado supera lo razonable. ¿Si, por ejemplo, un árbitro de fútbol, en el transcurso del partido que dirige, es golpeado por un objeto arrojado desde las graderías debe demandar a las 300 ó 400 personas que ocupaban ese sector del estadio en ese momento y que arrojaban objetos contundentes (o, por lo menos, varios de ellos lo hacían)? ¿O una persona en una discoteca debe hacer lo mismo en contra de los 800 ó 1000 concurrentes por la botella que le golpeó en la cabeza? Me parece que en estos casos, admitir esa posibilidad por el solo hecho de aplicar la tesis de la responsabilidad colectiva, puede crearle tantos problemas al ofendido como si no se permitiera esa alternativa,

además de constituir una pérdida de toda proporcionalidad en la búsqueda de soluciones justas.

Por otra parte, es pertinente recordar que la responsabilidad colectiva, debido a su carácter eminentemente transgresor de principios muy arraigados en materia de responsabilidad civil, es de carácter excepcional y por ello debe ser aplicada solamente en casos en que el supuesto de hecho se ajuste estrictamente a sus exigencias formales, no sólo las propias de toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, sino también las que son exclusivas de aquella. Pero, sobre todo, es importante que la aplicación de esta forma de responsabilidad se haga en función del principio que la informa, al igual que a todo el Derecho de daños moderno, y que es salvaguardar el derecho de la víctima a un justo resarcimiento por el percance sufrido, garantizándole seguridad y rapidez en su obtención.

Tratándose de la clase de daños que analizamos en este apartado, me parece que la cantidad desmedida de posibles demandados justifica la búsqueda de soluciones alternativas a la demanda conjunta de los miembros del colectivo. Tales alternativas estarán dadas por factores diversos que habrán de analizarse en el caso concreto, tales como la naturaleza del evento o reunión donde se produce el siniestro, el tipo de recinto donde éste se lleva a cabo o la forma en que se verifica la acción dañosa. A continuación, analizaremos algunas de estas situaciones caracterizadas por la masividad y veremos qué posibles soluciones son adoptables a la luz de las disposiciones legales pertinentes y los fallos de los Tribunales.

Así, por ejemplo, se ha resuelto por los tribunales de justicia que, tratándose de daños causados por un objeto arrojado dentro de un lugar cerrado, la responsabilidad civil extracontractual corre por cuenta del propietario del recinto. El Tribunal Supremo dictó la ya tratada sentencia de fecha 21 de mayo de 2001 (RJ 6464), a propósito de las lesiones causadas a un cliente de una discoteca en la localidad de Banyoles, consistentes en la pérdida total del ojo derecho debido al

lanzamiento hacia la pista de baile de un objeto de vidrio (vaso o cenicero) que le impactó mientras se encontraba en ese lugar¹⁷⁶. La única constancia en el proceso era que el objeto fue lanzado dentro del local, sin que pudiese aclararse la trayectoria seguida por el objeto ni la identidad del sujeto que lo arrojó, debido principalmente a que la asistencia en el local superaba el millar de personas. En esta situación de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo especialmente numeroso el Tribunal Supremo optó por fundamentar la condena en el artículo 1910 del Código civil, relativo a daños causados por cosas que caen o se arrojan desde una casa, y que ya estudiamos en el capítulo anterior. El considerando quinto de la sentencia justifica esta decisión señalando que “*el citado artículo 1910 que consideramos plenamente aplicable al caso, está pensado para situaciones que son homologables a la presente, tomando en cuenta, según sus antecedentes históricos, la <necesidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma>*”.

Luego de referirse a los orígenes y aplicación de la *actio de effusis vel deiectis*, continúa la exposición analizando la hipótesis constitutiva del artículo 1910, diciendo que “*...tal figura se interpreta por la doctrina referida a la persona (o entidad) que como titular jurídico, utilice la vivienda o local y tiene el deber de controlar lo que ocurre en su recinto. Ninguna regla impone, además, que la cosa arrojada tenga necesariamente que proyectarse fuera del recinto, esto es, impactar en la calle o en casa o local vecino. Más bien, el buen sentido impone una solución acorde con la finalidad del precepto, protectora igualmente de los que están dentro del local en cuestión, como es nuestro caso*”.

Este es un caso de solución alternativa al de la responsabilidad colectiva frente a un daño causado por una abundante cantidad de posibles autores, pero es necesario precisar que el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo no es remediar el problema que significa un abultado número de potenciales responsables, sino más bien lo es aplicar la normativa del artículo 1910 en atención a la forma en que se produjo la lesión a la víctima. Por supuesto, ello no contradice la idea central

¹⁷⁶ Vid. *supra*, Capítulo Séptimo, 4, 4.2.2.2.

que postulo en este apartado, porque todos estos factores deben ser tomados en cuenta para encontrar una solución más conveniente al ofendido¹⁷⁷. En todo caso, y dado que esta sentencia ya fue objeto de análisis desde la perspectiva del artículo 1910, me remito a lo dicho en el apartado respectivo en todo lo que sea aplicable a esta resolución.

4.3. DAÑOS CAUSADOS EN EVENTOS DEPORTIVOS

Otra potencial fuente de daños causados por el miembro indeterminado de un grupo especialmente numeroso es la constituida por los espectáculos deportivos, pero haciendo la pertinente aclaración de que se trata de daños ocasionados a propósito de la asistencia masiva a la práctica de disciplinas deportivas y no provenientes del ejercicio del deporte en sí¹⁷⁸. Por lo tanto, pueden ser eventuales víctimas los propios deportistas, árbitros, espectadores, auxiliares o cualquier persona que por cualquier razón concorra a espectáculos de este tipo. Espectáculos que, por lo demás, son de una frecuencia permanente en nuestros días y donde se observa una asistencia numerosa constante, especialmente en deportes de gran popularidad, como el fútbol, y donde se ha producido en los últimos años situaciones de agresividad y violencia inusitadas¹⁷⁹. “El lanzamiento de monedas, botellas, sillas, y otros objetos susceptibles de causar daños, las peleas entre los

¹⁷⁷ Tengo que decir que el ejemplo que he encontrado en la jurisprudencia no corresponde completamente a un supuesto de responsabilidad colectiva, por cuanto no se verifica el requisito de la unidad espacio-temporal que vincula el actuar de todos los miembros del grupo (ese requisito se hubiera cumplido si todos o, por lo menos, muchos asistentes hubiesen arrojado objetos de vidrio). Pero las enormes similitudes entre el caso resuelto por el Tribunal Supremo y un supuesto de daño causado por miembro desconocido de un grupo me impulsan a utilizarlo para ejemplificar mi idea.

¹⁷⁸ Situación que igualmente puede dar lugar a una hipótesis de responsabilidad colectiva, en la medida que concurren las circunstancias necesarias para ello.

¹⁷⁹ A través, especialmente, de agrupaciones organizadas de fanáticos de un club deportivo o una selección nacional (barras bravas o *hooligans*), que promueven reacciones violentas en contra de los adversarios. Desgraciadamente el fútbol ha sido un deporte cuyo ejercicio ha motivado pasiones que muchas veces han entregado consecuencias dramáticas. Todavía está fresco en la memoria colectiva el famoso caso del estadio de Heysel, Bélgica, ocurrido el 29 de mayo de 1985, fecha en que se disputó la final de la Copa de Europa entre Liverpool United y Juventus de Turín, donde los incidentes provocados por los seguidores de ambos equipos causaron la muerte de 38 personas, así como la tragedia del estadio de Sheffield, Inglaterra, durante el partido entre los clubes Nottingham Forest y Liverpool, con 94 víctimas fatales. Si bien es cierto que se trata de ejemplos paradigmáticos, lo lamentable es que no se trata de casos aislados: una detallada enumeración de tragedias similares puede encontrarse en el estudio de Javier FERNÁNDEZ COSTALES, “La responsabilidad civil deportiva”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, págs. 241 y 242.

hinchas, el empleo de petardos, cohetes y bengalas, agresiones a árbitros, desórdenes públicos, desperfectos en los estadios y alrededores, apedreamientos, enfrentamientos a las fuerzas y cuerpos de seguridad, la aparición de jóvenes integrados en grupos radicales, el denominado fenómeno del ‘hooliganismo’, no son sino expresión de la violencia que se vive en el entorno deportivo, que alcanza especial importancia, por el carácter masivo del espectáculo, en el caso del baloncesto y fundamentalmente en el fútbol”¹⁸⁰.

La solución al problema que significan los daños de este tipo se encuentra en la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre¹⁸¹, que contempla dos artículos relacionados con este tema. El primero de ellos, el artículo 63.1, señala que “las personas físicas o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo de ámbito estatal o los eventos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán responsables de los daños y desórdenes que pudiera producirse por su falta de diligencia o prevención todo ello de conformidad y con el alcance que se prevé en los Convenios Internacionales sobre la violencia deportiva ratificados por España. Esta responsabilidad es independiente de la que pudieran haber incurrido en el ámbito penal o en el puramente deportivo como consecuencia de su comportamiento en la propia competición”. Se trata de una forma de responsabilidad civil dimanante de la violencia manifestada en los espectáculos deportivos.

El segundo precepto es el artículo 69, que dispone que “los organizadores y propietarios de las instalaciones deportivas deberán garantizar las

¹⁸⁰ SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “Responsabilidad civil en el deporte”, en *La responsabilidad profesional*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 578.

¹⁸¹ Que se complementa con el Real Decreto 75/1992, de 31 de enero, que crea la Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos, el Real Decreto de 23 de diciembre de 1992, sobre Disciplina Deportiva, y el Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. Asimismo, existe una nutrida legislación autonómica, dictada en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.9 de la Constitución Española, según el cual las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en promoción del deporte. Un completo detalle de esta reglamentación se encuentra en el trabajo de José Antonio CORBACHO GÓMEZ, “Daños en espectáculos. En especial los espectáculos deportivos”, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio Ortí Vallejo, Director, María del Carmen García Garnica, Coordinadora, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 617 y ss.

necesarias medidas de seguridad en los recintos deportivos, de acuerdo con lo legal y reglamentariamente establecido al efecto. El incumplimiento de las prescripciones y requisitos en esta materia dará lugar a la exigencia de responsabilidades y, en su caso, a la adopción de las correspondientes medidas disciplinarias”. En este caso, la responsabilidad civil nace en virtud de daños producidos por la falta o el deficiente estado de medidas de seguridad en eventos deportivos.

En opinión de ORTÍ VALLEJO¹⁸², este último artículo contiene un caso de responsabilidad objetiva, por cuanto la Ley impone la responsabilidad civil al propietario del recinto deportivo, al organizador y a los clubes deportivos participantes, a menos que pueda comprobarse la culpa de la víctima. Y señala este mismo jurista que es indiferente que el autor o los autores específicos del daño estén identificados, porque el peso de una posible indemnización siempre va a recaer en aquellos a quienes la Ley considera responsables, salvo que se identifiquen culpas individuales. En otras palabras, es opinión del autor que aunque se identifique al responsable material, no por ello los organizadores, clubes o propietarios quedan eximidos de su responsabilidad propia¹⁸³.

A los efectos que nos interesan, la solución de la Ley del Deporte constituye una adecuada manera de sortear el obstáculo que significa identificar al autor de un daño concreto en una situación de gran masividad. Imaginemos el caso de una persona alcanzada por un proyectil lanzado desde el sector donde se congrega un numeroso grupo de seguidores del equipo contrario quienes, durante el transcurso de un partido de fútbol, se han dedicado a lanzar esa clase de objetos. Se trata de una situación en que el grupo al que pertenece el anónimo autor se encuentra identificado, lo que, en principio, posibilitaría la aplicación de las reglas de la responsabilidad colectiva. Sin embargo, el demandante

¹⁸² ORTÍ VALLEJO, Antonio, “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, 2002, págs. 338 y 339, y “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”, en *Aranzadi Civil*, N° 1, abril de 2001, págs. 30 a 32. En el mismo sentido, CORBACHO GÓMEZ, “Daños en espectáculos. En especial los espectáculos deportivos”, *op. cit.*, pág. 622.

¹⁸³ Del mismo razonamiento es partidario SEOANE SPIEGELBERG, “Responsabilidad civil en el deporte”, *op. cit.*, págs. 582 y 583, y CORBACHO GÓMEZ, “Daños en espectáculos. En especial los espectáculos deportivos”, *op. cit.*, pág. 621.

se va encontrar con un inconveniente: tiene a 400 ó 500 personas como integrantes de la pluralidad, a quienes deberá acusar por su infortunio. Teóricamente ello es posible, y se mantiene la protección de sus intereses a través de la aplicación de la regla general en materia de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil. Pero es cosa de imaginar solamente los problemas de tipo procesal para darse cuenta que no es la mejor solución aplicable. En una hipótesis así, me parece claro que una solución como la de esta Ley es más práctica y segura para la víctima, aunque esto implique que la figura de la responsabilidad colectiva pase a un segundo plano¹⁸⁴. Pero como ya lo he sostenido anteriormente, a fin de cuentas lo importante no es sino velar por el cumplimiento efectivo del resarcimiento al que el ofendido tiene derecho, objetivo frente al cual los instrumentos deben ser los mejores y más adecuados, lejos de cualquier dogmatismo¹⁸⁵.

4.4. DAÑOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN

Continuando con la temática de este apartado, quisiera dedicar unas líneas a los daños causados en el ejercicio del derecho de reunión,

¹⁸⁴ Al revisar esta materia, afirma MÚRTULA que si de la actuación de estos grupos de hinchas se derivase algún daño dentro de un recinto deportivo, habría una responsabilidad personal, directa y concurrente entre los titulares de los clubes deportivos, la Administración del Estado y los miembros del grupo (si es que ellos están identificados), reclamable por el afectado. En este caso, la responsabilidad del grupo de fanáticos surgiría a partir de la aplicación de las reglas generales propias de la responsabilidad colectiva (*La responsabilidad civil por los daños causados...*, *op. cit.*, pág. 158).

¹⁸⁵ En el ámbito de la jurisprudencia el Tribunal Supremo tuvo la ocasión, en la Sentencia de 22 de diciembre de 1999 (RJ 9206), de pronunciarse en un caso de lesiones causadas por la explosión de tracas y petardos durante un partido de fútbol sala. Los fuegos artificiales fueron explosionados dentro del recinto, por individuos desconocidos que se encontraban presenciando el encuentro, uno de los cuales cayó cerca de uno de los jugadores, causándole lesiones severas en uno de sus oídos. La demanda de indemnización de perjuicios fue finalmente resuelta por el Supremo, con la condena del Patronato Deportivo Municipal de Toledo, ente municipal que tenía a su cargo la gestión del recinto donde se desarrollaba el partido.

Asimismo, la SAP de Madrid de 21 de diciembre de 2000 (AC, 2001, 504) se pronunció respecto del caso de una asistente al partido de fútbol entre los clubes Real Madrid y Atlético Madrid, quien sufrió una grave fractura producida por un espectador no determinado, al repeler una agresión en medio de serios incidentes entre grupos rivales. La Audiencia responsabilizó por los daños de la actora al segundo de los equipos mencionados, que actuaba de local, en base a que no se justificó por la institución demandada “*que adoptase ninguna medida para evitar el riesgo previsible a que se ha hecho mención o que los pretendidamente adoptados resultaren eficaces, pues la producción del hecho evidencia por sí sólo- res ipsa loquitor-que algo quedó por prevenir y que la diligencia no fue exquisita, procediendo la revocación de la sentencia impugnada y la declaración de responsabilidad pretendida*”.

específicamente en aquellos causados en manifestaciones masivas llevadas a cabo en el ejercicio de este derecho, y cuyo autor, por las características propias de la forma en que el daño se produce, permanece en el anonimato.

Como se sabe, el derecho de reunión se encuentra reconocido y garantizado por el artículo 21 de la Constitución y su ejercicio se regula detalladamente en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, la que entiende como reunión “la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada” (art. 1.2). Este cuerpo legal, en su texto original, establecía la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas que promocionaran u organizaran reuniones o manifestaciones por los daños causados a terceros por los participantes en éstas, pero en la medida que hubiesen omitido la diligencia razonablemente exigible para prevenir los daños (artículo 4.3). YZQUIERDO TOLSADA hace ver que la finalidad de esta norma era la protección de las víctimas, haciendo responsable a los organizadores o promotores de la manifestación o reunión, con total prescindencia de si era identificado o no el autor material, lo que constituye una clara y efectiva solución al problema del daño causado por el miembro desconocido de un grupo causado en este tipo de encuentros¹⁸⁶. Claro que el mismo autor ponía de manifiesto la inconveniencia del sistema probatorio establecido por la Ley Orgánica, que hacía recaer el peso de la prueba en el demandante, con todas las dificultades que ello conlleva. En efecto, de acuerdo a la normativa en comento, la víctima tenía que probar la falta de diligencia de los organizadores y promotores, a consecuencia de la cual se producía el daño, en abierta contradicción con las modernas tendencias de la doctrina y la jurisprudencia sobre este punto.

Sin embargo, en la actualidad esta norma ha sufrido una modificación por la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, encargada de regular el uso de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, en virtud de la cual en este tipo de daños

¹⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil por los daños producidos en el ejercicio del derecho de reunión”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, número 1, julio 1983, págs. 123 y 124.

sólo es posible la responsabilidad directa de los partícipes en la reunión o manifestación que causen los perjuicios, en tanto que la responsabilidad de los organizadores y promotores pasa a ser subsidiaria de aquella, y por culpa¹⁸⁷. En otras palabras, primero debe perseguirse a los autores directos del daño, y en caso de no ser identificados se busca la responsabilidad de organizadores y promotores. No obstante, se ha entendido por cierta doctrina que la responsabilidad directa de éstos subsiste en caso que sea posible demostrar que el daño se produjo por la omisión de las medidas necesarias para el adecuado desarrollo de la reunión o manifestación¹⁸⁸.

Mi parecer es que el sistema anteriormente establecido en la Ley Orgánica solucionaba el problema de mejor forma para la víctima, precisamente porque establecía un sistema de responsabilidad que prescindía del establecimiento de la identidad del autor material, cosa fundamental si se trata de daños causados en manifestaciones muy concurridas o en que los participantes hacen esfuerzos por mantener oculta su identidad¹⁸⁹. Se trataría de una solución similar a la que establece la Ley del Deporte. Por supuesto que sería conveniente atender las críticas de YZQUIERDO TOLSADA y pensar en utilizar un sistema de inversión de carga de la prueba¹⁹⁰ que le permita a la víctima desprenderse de la obligación de acreditar la falta de diligencia exigida a los organizadores y promotores¹⁹¹.

¹⁸⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, págs. 419 y 420.

¹⁸⁸ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, 2002, pág. 136, y MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 301. Se basan para arribar a esta conclusión en el texto del artículo 4.2 de la Ley Orgánica, el cual, con otra interpretación, carecería de este sentido. Este precepto indica literalmente lo siguiente: “Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán de adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas”.

¹⁸⁹ Pensemos, a modo de ejemplo, en las manifestaciones pro etarras tan comunes en el País Vasco, conocidas como “kale borroka”, y en que los integrantes de los grupos de manifestantes ocultan sus rostros.

¹⁹⁰ MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 301, es de la idea de que la moderna interpretación de las reglas de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 no son incompatibles con la cuestión de la carga de la prueba de la culpa de los organizadores y promotores de la manifestación, especialmente con la doctrina del daño desproporcionado (*res ipsa loquitur*), la cual resultaría aplicable si es que las circunstancias del caso permiten concluir que el daño no se hubiera producido de haber observado aquellos la diligencia debida.

¹⁹¹ Este autor también considera recomendable hacer modificaciones al Código penal y a la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, de manera tal que en estos cuerpos legales existieran normas sobre responsabilidad civil por daños causados por miembros indeterminados de grupos. Precisamente hace esta sugerencia a propósito de la violencia callejera en el País Vasco y como un modo de frenarla (*Sistema de responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pág. 419).

Ahora bien, lo anteriormente dicho es válido para reuniones que tienen su origen en la planificación de organizadores o promotores. En esa situación, la indeterminación del causante del daño puede ser un obstáculo sorteado por la vía de la condena de tales organizadores o promotores. Cabe preguntarse entonces qué sucede cuando el daño proviene de una manifestación pública que no se encuadra en esa categoría. Conuerdo con MÚRTULA¹⁹² cuando afirma que los miembros del grupo deberán responder cuando su acción culposa colabora para que uno de sus integrantes, anónimo, cause un daño con motivo de una reunión o manifestación, siempre que se den todos los requisitos necesarios para ello. Por supuesto que la posibilidad que la víctima tiene de toparse con problemas de prueba en la precisión del grupo y sus integrantes es alta, pero es inevitable frente a la peculiar forma de producción del daño.

4.5. DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

Como lo señala GONZÁLEZ MOLINA¹⁹³, es signo distintivo del derecho de huelga el ser un derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo. Por lo mismo, se trata de un derecho que, ejercido en forma abusiva y constituido en fuente de daños, se transforma en un capítulo de la responsabilidad extracontractual. El interés nace precisamente por ese ejercicio colectivo que caracteriza al derecho de huelga. Si la huelga se concreta en una actividad grupal y ésta es fuente de daños, es muy probable que la responsabilidad también deba ser

¹⁹² MÚRTULA, *op. cit.*, pág. 305. La autora aborda esta materia a propósito de los actos de violencia callejera en el País Vasco a que hacía alusión en las notas anteriores. La actuación de organizaciones violentistas juveniles, especialmente, carentes de personalidad jurídica oficial y de organizadores formales a quien responsabilizar por los serios daños que provocan sus integrantes, constituye una adecuada fuente de aplicación de las reglas de la responsabilidad colectiva, al menos en teoría, debido a las dificultades prácticas que implica responsabilizar a individuos de difícil identificación. Pero en caso que se pudiese configurar un grupo con miembros individualizados, la aplicación de la responsabilidad solidaria se hace factible, permitiendo la exclusión de alguno de sus integrantes en base a la falta de causalidad entre su propio comportamiento y el resultado dañoso. También en relación al fenómeno del terrorismo, los grupos terroristas y las nefastas consecuencias de sus conductas, es que trata la responsabilidad colectiva Jorge A. CARRANZA, “Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXI, abril-junio, 1978, pág. 315 y ss.

¹⁹³ GONZÁLEZ MOLINA, María Dolores, *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 58.

grupal, e incluso colectiva, si es que no se logra identificar al causante concreto del daño¹⁹⁴. Cosa que no es muy difícil de visualizar, dado el número potencialmente alto de intervinientes en los movimientos sindicales, lo que dificulta considerablemente la imputación de responsabilidad a algún sujeto en particular. De ahí que resulta conveniente indagar en la recepción que pueda tener la regla de la responsabilidad colectiva en un ámbito donde puede ser especialmente aplicada.

Lo cierto es que, a pesar de tratarse de un interesante campo de aplicación de la responsabilidad colectiva por daños causados por el miembro indeterminado de un grupo, esta fórmula no ha tenido recepción en el ámbito laboral. En efecto, en esta materia “doctrina y jurisprudencia han optado mayoritariamente por llevar la imputación de responsabilidad a aquellos huelgistas que han tenido una <participación activa> en el conflicto, es decir, que han incurrido en un incumplimiento grave y culpable; o excepcionalmente al plano <colectivo>, recurriendo no ya a la fórmula de la <culpa conjunta> o <solidaria>, sino a la culpa del único <grupo> de trabajadores dotados de personalidad jurídica: el sindicato, en la medida, que sólo puede ser puesta en causa una organización dotada de personalidad jurídica”¹⁹⁵. Corroborar este parecer la opinión de FERRANDO GARCÍA, según la cual “la imputación de responsabilidad resulta en principio sencilla, cuando no han intervenido en los hechos otras voluntades (sindicato, comité de huelga...) junto a la del huelguista”¹⁹⁶.

En definitiva, las opiniones parecen preferir el camino de la responsabilidad individual de los huelgistas, en caso de ser ella fácilmente reconocible, o en caso contrario, acudir a la entidad responsable del llamado y organización del derecho de huelga. La solución no escapa a cierta tendencia de la doctrina y la jurisprudencia a imputar la responsabilidad por daños a las personas jurídicamente organizadas de las que dependen los sujetos implicados, y en la

¹⁹⁴ Aclaremos que estos daños deben ser la consecuencia de un ejercicio anómalo o ilegal del derecho de huelga, que normalmente va a perjudicar al empleador. Cualquier clase de daños provocados colectivamente no requiere más solución que las tradicionalmente aplicadas a cualquier otra clase de daño causado por miembro indeterminado de un grupo.

¹⁹⁵ GONZÁLEZ MOLINA, *La responsabilidad civil de los sindicatos...*, *op. cit.*, pág. 64.

¹⁹⁶ FERRANDO GARCÍA, Francisca María, *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Tirant Lo Blanch, 2001, pág. 107.

medida que éstos actúen bajo instrucciones de tales entes. En ese sentido, las posibles aplicaciones de responsabilidad a dichas entidades, en combinación con los sujetos que las componen, además de la actividad puntual de la huelga que se organice, son múltiples¹⁹⁷. Lo importante es que en esta área del Derecho de daños, la responsabilidad colectiva no ha prendido del modo que lo ha hecho en otras, aunque es bueno decirlo, las razones parecen justificadas.

5. CONCLUSIÓN AL CAPÍTULO

Respecto de la legislación especial recién estudiada, son válidos los comentarios hechos a propósito del Capítulo Séptimo. En estos textos legales encontramos sólo un caso de responsabilidad colectiva propiamente tal, en el artículo 33.5 de la Ley de Caza; en la Ley de Responsabilidad Medioambiental el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo puede, eventualmente, resarcirse, pero únicamente por la vía de la mancomunidad; y en lo que se refiere a la protección al consumidor, la LGDCU sólo llega hasta la condena solidaria de los varios responsables por una actuación común o conjunta, sin profundizar en nuestra categoría de daño. Otro tanto ocurre con la Ley 2/2007, de sociedades profesionales, que contempla un doble régimen, dependiendo de si el grupo de profesionales adopta o no alguna modalidad societaria, diseñando para el último caso una fórmula amplia de responsabilidad para todos por el daño derivado de su actuación, lo suficientemente amplia como para albergar supuestos de daño causado por uno de los integrantes del colectivo, cuya identidad no ha sido comprobada. Por lo tanto, podemos concluir que hemos encontrado en esta área de investigación sólo una hipótesis pura de responsabilidad colectiva.

Podemos concluir, asimismo, que en lo que se refiere a supuestos no reglamentados especialmente, la normativa aplicable será la general del Código civil, que nos permite aplicar a esos supuestos la responsabilidad colectiva como consecuencia de la interpretación jurisprudencial de esa normativa general, que así lo posibilita.

¹⁹⁷ Un completo estudio de este asunto en particular se encuentra en la obra de FERRANDO GARCÍA, *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, *op. cit.*, pags. 63 y ss.

Finalmente, es posible afirmar y respaldar a la jurisprudencia y a los autores: existe cierta legislación especial que, sumada a la normativa del Código civil, conforma todo un sistema de aplicación de responsabilidad civil independientemente de la identificación del autor directo del daño, que abre la puerta para incorporar en forma definitiva y libre de prejuicios a la responsabilidad colectiva como remedio jurisprudencial y, en lo posible, legal, para el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

CONCLUSIONES

- I -

El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo es una manifestación de la llamada “desindividualización del Derecho de daños”, es decir, el fenómeno por el cual los hechos dañosos que esta rama del Derecho regula dejan de ser un problema concerniente exclusivamente a sujetos individuales y pasa a comprender hipótesis en que se observan pluralidades de autores, de víctimas o de ambas simultáneamente. Por sus elementos constitutivos, esta forma de daño es tan antigua como puede serlo el comportamiento grupal del hombre, pero su regulación es más bien reciente, sobre todo porque la flexibilización de ciertas exigencias de la responsabilidad extracontractual, como la relación de causalidad, constituye un proceso propio de los siglos XIX y XX.

- II -

El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo se verifica en aquellas situaciones en que dos o más sujetos, en forma espontánea o concertada, realizan una actividad o asumen una conducta o comportamiento que es susceptible de causar un daño, y ese daño se produce efectivamente, pero es absolutamente imposible determinar cuál de esos sujetos ha sido el causante material único del perjuicio, a pesar de que el grupo se encuentra plenamente identificado.

- III -

La denominación “responsabilidad colectiva” es la que más consenso suscita entre la moderna doctrina científica, aunque es preciso aclarar que esta nomenclatura corresponde más al efecto que sigue al daño causado por el miembro desconocido de un grupo, y que es la condena de todos sus integrantes en forma solidaria por el daño provocado individualmente por sólo uno ellos.

- IV -

Los requisitos que definen y describen al daño causado por miembro indeterminado de un grupo son la existencia de un grupo, conjunto o pluralidad de sujetos; un daño que proviene o es consecuencia de la actividad de ese grupo; la imposibilidad de saber qué miembro del grupo fue el autor material directo del daño; y la necesidad de una unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del grupo. Estos requisitos deben cumplirse de manera necesariamente copulativa, porque la particular composición fáctica de esta forma de daño exige minuciosidad al momento de identificarlo y determinar el régimen que debe serle aplicado.

- V -

Optar por la condena de todo el grupo del cual forma parte integrante el único autor del daño no implica necesariamente que quienes no tuvieron intervención en él, y así puedan demostrarlo, queden sujetos de todos modos a alguna forma de responsabilidad. Me parece que sería notoriamente injusto impedir la liberación de responsabilidad a aquel o aquellos elementos que se encuentren en condiciones de probar su absoluta inocencia en la comisión del ilícito civil, por razones de mera técnica jurídica, como han sugerido algunos autores. Opino que justificaciones superiores y elementales de justicia respaldan este criterio, así como tampoco visualizo en esta forma de eximente ningún obstáculo al derecho a la reparación de que disfruta la víctima.

- VI -

A la hora de invocar un principio que justifique una solución como la de la responsabilidad colectiva, opino que el principio rector del Derecho de daños es la búsqueda del resarcimiento al daño sufrido por la víctima, en los casos en que ésta no se encuentre legalmente obligada a soportarlo. Si tenemos a la vista esta idea, entenderemos por qué es válida la fórmula de la condena a todos los miembros de un grupo, cuando está totalmente claro que sólo uno de sus integrantes ha cometido el daño y él debiera ser el único responsable. Como la demostración de su identidad es imposible y no resulta admisible dejar en la insatisfacción y el desamparo a la

víctima, lo que procede es la condena de la totalidad de sujetos como vía de aseguramiento de los intereses de aquélla.

- VII -

La solución de la responsabilidad colectiva no significa derogar el requisito de la relación de causalidad como exigencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual, puesto que esa relación entre hecho y resultado dañoso existe física y materialmente. Como no es posible para la víctima demostrar quién es el autor material del daño, el nexo causal se acredita mediante una presunción de causalidad, que parte de la base de una vinculación causal entre el hecho del grupo de posibles causantes y el daño, para dar por comprobada la relación de causalidad respecto de todos ellos. Una vez determinado mediante este mecanismo, cuál es el círculo de presuntos causantes del daño, se debe aplicar a todos ellos el criterio de imputación subjetiva respectivo para llegar a determinar la existencia de la responsabilidad extracontractual por esta clase de daño.

- VIII -

La mayoría de la doctrina científica y jurisprudencial, española y extranjera, coincide en condenar solidariamente a todos los miembros del grupo por el daño causado. De este modo, se recurre a la solidaridad, sobre todo por ser un mecanismo que asegura y resguarda de mejor manera la necesidad de resarcimiento de la víctima, protegiéndola frente a la insolvencia de uno o más de los condenados o, en general, cualquier razón que le imposibilite percibir la indemnización que se le ha otorgado.

- IX -

El fundamento técnico-jurídico de la obligación del grupo de responder por el hecho de uno de sus miembros se encuentra en la actividad de peligro realizada por los integrantes de ese grupo. Al desconocerse la identidad del autor material, se presume que todos los componentes del grupo tienen esa calidad, porque han realizado una

actividad de riesgo o peligro en virtud de la cual cualquiera de ellos pudo haber causado el daño.

Desde el punto de vista de la causalidad, al existir ésta pero no estar comprobada respecto de un autor determinado, y habiendo presumido la autoría de todos y cada uno de los integrantes del conjunto, lo que debe comprobarse es la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa del grupo y a partir de ese dato es factible presumir el nexo causal entre el resultado dañoso y cada uno de los presuntos autores (relación de causalidad subsidiaria).

- X -

La mayoría de la jurisprudencia española relativa al daños causado por el miembro indeterminado de un grupo es proclive a condenar a todos los miembros de ese grupo al pago en forma solidaria de la indemnización a que haya lugar por los perjuicios sufridos por la víctima, siguiendo la tendencia imperante respecto de los daños causados por una pluralidad de agentes, y que es la línea que comparto y me parece adecuada. En materia de legislación, el Código civil no regula mediante una fórmula general este tipo de daño, sólo contempla una figura especial en el artículo 1910, relativo a cosas que caen o se arrojan desde un edificio. La doctrina, por su parte, a pesar de tratar en forma relativamente escasa esta clase de daño, es proclive de manera prácticamente unánime a la aplicación de la fórmula de la responsabilidad colectiva. En el Derecho comparado, la regulación más destacable de la responsabilidad colectiva se hace en el parágrafo 830 del Código civil de Alemania.

- XI -

Con la excepción de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, no existe en España algún cuerpo legal que contenga específicamente una hipótesis de daño causado por miembro indeterminado de un grupo, razón por la cual será necesario analizar cada caso particular y las posibilidades que su propia regulación legal otorgue para hacer una aplicación extensiva de esta figura a la situación de hecho concreta.

-XII-

Finalmente, es posible sostener que la normativa del Código civil, representada, por ejemplo, por los artículos 1564 y 1910, que unida a cierta legislación especial, señaladamente la Ley de Caza y la Ley de Ordenación de la Edificación, constituye todo un sistema de aplicación de responsabilidad civil independiente de la identificación del autor material del daño, que abre la puerta para incorporar en forma definitiva y libre de prejuicios a la responsabilidad colectiva como remedio jurisprudencial y, en lo posible, legal, para el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABERKANE, Hasan: “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1958.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Bosch, 2002.

- “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963.

- “La responsabilidad del artículo 1910 del Código civil”, *INIURIA, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, número 2, abril-junio 1994.

ALESSANDRI, Arturo: *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda., 1983.

ALONSO OLEA, Manuel: “Responsabilidad del hospital por el acto del médico”, *Cívitas Revista española de Derecho del trabajo*, septiembre/octubre de 1996.

ALONSO PÉREZ, Mariano: “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis””, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000.

ALPA, Guido y BESSONE, Mario: “I fatti illeciti”, *Trattato di Diritto Privato. Obbligación e contratti*, tomo VI, Pietro Rescigno, director, UTET, 1983.

ALTERINI, Atilio: *Responsabilidad civil: límites de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1987.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 2002.

- “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (II)”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 2002.

- “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, Director, Editorial Cálamo, 2004.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: *La responsabilidad por defectos en la edificación*, Editorial Aranzadi, 2002.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro: “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, 2007.

ARAYA, Fernando: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, LexisNexis, 2003.

ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Aranzadi, 2005.

ASÚA, Clara: “Responsabilidad civil médica”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, 1985.

- “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos”, en *Iniuria*, número 5, enero-marzo 1995.

- “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, www.asociacionabogadosrcs.org, 2006.

AZAGRA MALO, Albert: *La tragedia del amianto y el Derecho español*, Editorial Atelier, 2007.

- “Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de riesgo”, N° 355, julio de 2006, *InDret*, www.indret.com.

- “Regreso a la solidaridad”, N° 394, enero de 2007, *InDret*, www.indret.com.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

BADOSA COLL, Ferrán: “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, 1991.

- “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991.

BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BATLLE VÁSQUEZ, Manuel: “Los daños causados por filtración o caída de líquidos y el artículo 1910 del Código civil”, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1958.

BEUDANT, Ch.: *Cours de Droit Civil Français*, tomo IX bis, Paris, 1952.

BENABENT, Alain: *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 1995.

BETTI, Emilio: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975.

BIANCA, C. Massimo: *Diritto Civile. La responsabilità*, tomo V, Milán, 1994.

BIDART, José: *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1985.

BONASI BENUCCI, Eduardo: *La responsabilidad civil*, Barcelona, 1958.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan: *La Responsabilidad Médica Extracontractual*, Ediciones Laborum, 2004.

BONVICINI, Eugenio: *La responsabilità civile*, tomo II, Milán, 1971.

BORREL MACIÁ, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Editorial Bosch, 1942.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine: *Droit Civil. Deuxième année*, Masson, 1991.

BUSNELLI, Francesco y COMANDÉ, Giovanni: “Causation under Italian Law”, *Unification of Law Tort: Causation*, Jaap Spier, coordinador, Kluwer Law International, 2000.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de derecho penal, Parte general*, Editorial Ariel, 1994.

CABALLERO LOZANO, José María: “Responsabilidad civil y seguro del cazador”, *La Ley*, número 5102, 2000.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Aranzadi, 1996.

- “La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales: el problema de la relación de causalidad”, *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 15, 1995.

- “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fascículo I, enero-marzo, 1996.

- “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2000.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge: “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *Las obligaciones solidarias. Jornadas de Derecho civil en Murcia*, Tirant Lo Blanch, 2002.

CANE, Peter: *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006.

- “Indemnización por daños medioambientales”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo III, julio-septiembre, 2000.

CARBONNIER, Jean: *Derecho civil*, Tomo II, Volumen III, Editorial Bosch, 1971.

- *Droit civil, Les Obligations*, Thémis, 1995.

CARRANZA, Jorge A.: “Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXI, abril-junio, 1978.

CAUDERT, Dominique, y FOUQUES-DUPARC, Régis: “Le lien de causalité”, *Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*, René Rodiere, director, Paris, 1983.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985.

- *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, 1987.

- “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 17, abril-agosto, 1988.

- “Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, *Iniuria*, número 5, enero-marzo de 1995.

CHABAS, François: *L'influence de la pluralité de causes sur le droit a réparation*, Paris, 1967.

- *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van Dieren Editeur, 2004.

CILLERO DE CABO, Patricia: *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Editorial Cívitas, 2000.

COLEMAN, Jules: “La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa”, *La responsabilidad extracontractual*, Carlos Rosenkrantz, compilador, Barcelona, 2005.

COLINA GAREA, Rafael: “La relación de causalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, director, Editorial Cálamo, 2004.

COMPORTI, Marco: “La responsabilité civile en Italie”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, octubre-diciembre, 1967.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *Derecho de daños*, Editorial Bosch, 1999.

CORBACHO GÓMEZ, José Antonio: “Daños en espectáculos. En especial los espectáculos deportivos”, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Antonio Ortí Vallejo, Director, María del Carmen García Garnica, Coordinadora, Thomson-Aranzadi, 2006.

CORDERO LOBATO, Encarna: “Derecho de daños y medio ambiente”, *Lecciones de Derecho del medio ambiente*, Luis Ortega Alvarez, director, Editorial Lex Nova, 1998.

CORRAL, Hernán: *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

CORSARO, Luigi: “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966.

CRISTOBAL MONTES, Ángel: “La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y la doctrina españolas”, *Revista de Derecho notarial*, julio-diciembre de 1985.

- “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 569, 1985.

- “Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito”, en *Estudios de Derecho de obligaciones*, Zaragoza, 1985.

CUENCA ANAYA, Francisco: “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 52, octubre-diciembre, 2004.

- “Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 55, julio-septiembre, 2005.

DAMIÁN MORENO, Juan: “Nociones generales sobre la carga de la prueba en el proceso civil”, en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant Lo Blanch, 2007.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Editorial Civitas, 1995.

- *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, 1999.

- *Tratado de la responsabilidad civil*, Civitas, 1993.

- “Actuación dañosa de los grupos”, *Revista jurídica de Catalunya*, 1997.

- “Comentario al artículo 1909 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Tomo 7, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Bosch, 2000.

- “Comentario del artículo 1905 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.

- “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.

- “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº 1, julio de 1983.

- “Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *Estudios de Deusto*, 1984.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio: *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, 2000.

DE CUPIS, Adriano: *El daño*, Barcelona, 1975.

DE MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Cívitas, 1993.

- *Derecho español del medio ambiente*, Cívitas, 2000.

DEJEAN DE LA BATIE, Noël: *Juris Classeur Périodique*, 1978, II, 18773.

DEMAREZ, Jacques: *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

DEROUSSIN, David: *Histoire du Droit des Obligations*, Paris, 2007.

DEUTSCH, Erwin: *Haftungsrecht*, Carl Heyemanns Verlag, 1976.

DIAS, R. y MARKESINIS, B.: *Tort Law*, Oxford, 1984.

DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores y otras: *Derecho civil comunitario*, Editorial Colex, 2001.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, 1996.

- "Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria", *InDret*, 1/2004.

DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio: *La no presunción de solidaridad en las obligaciones. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Marcial Pons, 1997.

DÍEZ BALLESTEROS, José Antonio: "La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)", *Aranzadi Civil*, Nº 37, 2000.

DÍEZ MARTÍNEZ, Ana: "Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria", *Aranzadi Civil*, 1996, Tomo I, volumen III.

DÍEZ-PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, 1999.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Cívitas, 1993.

- *Derecho de daños*, Civitas Ediciones, 1999.
- “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979.
- “Ley de Edificación y Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 2000.
- “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, en *La responsabilidad en el derecho*, edición a cargo de Fernando Pantaleón, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Editorial Tecnos, 1995.

DOMAT, Jean: *Les lois civiles dans lers ordre naturel*, tomo I, Paris, 1977.

DOMÍNGUEZ BILBAO, Roberto: “Instrumentos de la psicología social para el análisis de los grupos”, *Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, 2003.

DORAL GARCÍA, José Antonio: “La analogía en el Derecho de obligaciones”, *Centenario del Código civil*, tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces.

DURRY, Georges: “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 11 de febrero de 1966”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 64, 1966.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 1968”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1968, tomo 66.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Rennes de 14 de enero de 1971”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1971, tomo 69.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Orléans de 15 de octubre de 1974”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1975, tomo 73.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 1975”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1976.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 19 de mayo de 1976”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1977, tomo 75.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Lyon de 3 de abril de 1980”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1980.

- “Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 14 de diciembre de 1983”, *Revue Trimestreille de Droit Civil*, abril de 1984.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio: *Código Civil Alemán comentado (BGB)*, Marcial Pons, 1998.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, Bosch, 1935.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Angeles: “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, 1994.

FEMENÍA LÓPEZ, Pedro: *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Tirant Lo Blanch, 2000.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, 1987.

- “La responsabilidad civil deportiva”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel: *Sistema de responsabilidad médica*, Editorial Comares, 2002.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano, “La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza”, *Anuario de Derecho Civil*, 1973.

FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: “Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores”, *Extinción de obligaciones*, José Ramón Ferrándiz Gabriel, director, Madrid, 1996.

FERRANDO GARCÍA, Francisca María: *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Tirant Lo Blanch, 2001.

FLEMING, John: *Introduction to the law of torts*, Clarendon Press, 1985.

- *The Law of Torts*, The Law Book Company Limited, 1977.

FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc: *Les Obligations. Le fait juridique*, Paris, 1994.

FRANZONI, Massimo: *La responsabilità oggettiva*, tomo II, CEDAM, 1995.

- *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, CEDAM, 1988.

FUENTESECA, Cristina: “El artículo 1910 del Código Civil es aplicable a los daños negligentes causados por cosas que se arrojaran o cayeren dentro de un recinto (discoteca) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001)”, *Actualidad Civil*, Numero 45, 2001.

GALÁN CORTÉS, Julio César: “Responsabilidad civil médica”, *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

GALAND-CARVAL, Suzanne: “Causation under French Law”, *Unification of Law Tort: Causation*, Jaap Spier, coordinador, Kluwer Law International, 2000.

GAMBARO, Antonio: “Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi”, *Per una riforma della responsabilita' civile per danno all'ambiente*, Giuffrè Editore, 1994.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Comentario de la STS de 22 de junio de 2000”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2001.

GARCÍA GARCÍA, Luz María: “La inversión probatoria en la responsabilidad civil extracontractual”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, volumen II, Lorenzo Prats, coordinador, Universitat de Valencia, 1996.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, 2002.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, 2008.

GARNICA MARTÍN, Juan: “Problemas derivados de la pluralidad de responsables en el proceso civil”, *Revista de Responsabilidad y Seguro*, 2008.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa: *Los llamados cuasidelitos*, Trivium, 1990.

GOLDENBERG, Isidoro: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, 1984.

GÓMEZ CALERO, Juan: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Dykinson, 1996.

GÓMEZ CALLE, Esther: *La responsabilidad civil de los padres*, Madrid, 1992.

- “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1998.

- “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *Lecciones de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, 2002.

- “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del artículo 1591 del Código Civil y su problemática actual)*, Editorial Bosch, 1993.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Editorial Thomson-Cívitas, 2007.

GÓMEZ POMAR, Fernando: “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, en *InDret*, N° 1, 2001.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian: “Responsabilidad por daños al medio ambiente y por contaminación de suelos: problemas de relación”, *InDret*, abril de 2006, N° 337, www.indret.com.

GOMIS CATALÁ, Lucía: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Editorial Aranzadi, 1998.

GONZÁLEZ MOLINA, María Dolores: *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant Lo Blanch, 2000.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Editorial Bosch, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho de reunión y manifestación*, Editorial Civitas, 2002.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2001.

- “Comentario al artículo 1591 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2001.

GRIMALT SERVERA, Pedro: *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, 1999.

GUASTINI, Riccardo: “Analogía”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, abril de 1994, N° 20.

GUÉGAN-LECUYER, Anne: *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, 2006.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidades extracontractuales*, Tecnos, 1968.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Editorial Aranzadi, 1999.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Editorial Comares, 2004.

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa: “Comentario al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Faustino Cerdón Moreno (coordinador), Aranzadi, 2001.

GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Derecho privado romano*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

HARVARD LAW REVIEW: Nota sin autor, volumen 94, 1980-1981.

HEDEMANN, J.W: *Derecho de obligaciones*, volumen III, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios*, Editorial Cívitas, 2002.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco: “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, coordinador, Editorial Bosch, 2001.

HEUSTON, R.F.V. y BUCKLEY R.A.: *Salmon and Heuston on the Law of Torts*, Sweet & Maxwell, 1987.

HINESTROSA, Fernando: *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción, Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

HONDIUS, E.H.: “The Dutch Civil Code revisited/The first five years”, *Modern Trends in Tort Law. Dutch and Japanese Law Compared*, Ewoun Hondius, editor, Kluwer Law International, 1999.

IGLESIAS, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones*, Ariel, 1994.

- *Derecho romano*, Ariel, 2002.

INFANTE RUIZ, Francisco José: *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y "causas hipotéticas"*, Tirant Lo Blanch, 2002.

JAKOBS, Gunther: *La imputación objetiva en Derecho penal*, Editorial Cívitas, 1996.

JAKOBS, Horst Heinrich: *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Walter de Gruyter, 1983.

JANSEN, Nils: "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", *InDret*, www.indret.com, N° 128, abril de 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, 1993.

JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo: *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw Hill, 1998.

JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis: "Régimen jurídico de las sociedades profesionales tras la publicación de la ley 2/2007, de 15 de marzo", *InDret*, www.indret.com, N° 4, 2007, octubre de 2007.

JORDANO BAREA, Juan: "Las obligaciones solidarias", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLV, 1992.

JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Editorial Tecnos, 1990.

JOURDAIN, Patrice: *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2007.

- "Comentario de la sentencia de la Corte de Casación de 4 de mayo de 1988", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, 1988, págs. 769 y 770.

KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1983.

- *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1987.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, Editorial Bosch, 1995.

LARENZ, Karl.: *Derecho de obligaciones*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

- *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, 1994.

LARROUMET, Christian: *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolution et probléms actuels en droit comparé*, Institut de droit comparé, 1983.

LEÓN ALONSO, José Ricardo: *La categoría de la obligación in solidum*, Universidad de Sevilla, 1978.

LETE DEL RÍO, José Manuel: “Reflexiones sobre la analogía”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, 2004.

LE TOURNEAU, Philippe: *La responsabilité civile*, Dalloz, 1982.

- *La responsabilidad civil*, Legis, 2004.

- *La responsabilidad civil profesional*, Legis, 2006.

LLAMAS POMBO, Eugenio: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Editorial Trivium, 1988.

- “Comentario de la STS de 4 de noviembre de 1992”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre/diciembre de 1992.

- “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Juan Antonio Moreno Martínez, coordinador, Dykinson, 2000.

- “Prólogo”, en *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Agustín Macías Castillo, La Ley, 2004.

- “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007.

- “Acciones colectivas contra daños”, *Sobre la responsabilidad civil y su prueba*, Fernando Reglero Campos y Mariano José Herrador Guardia, Sepin, Madrid, 2007.

LLAMBÍAS, Jorge: “Responsabilidad colectiva o anónima”, *El Derecho*, tomo 33, 1979.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Antonio Cabanillas Sánchez, coordinador, Editorial Thompson-Civitas, 2003.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid, 1988.

LÓPEZ RICHART, Julián: *Responsabilidad personal individualizada y responsabilidad solidaria en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Dykinson, 2003.

- “Demandas de responsabilidad del enfermero en el orden civil. Criterios jurisprudenciales”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001.

LORENZETTI, Ricardo: “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *LA LEY*, 1996, N^o 150.

- “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, *Revista Práctica de Derecho de daños*, N^o 1, enero de 2003.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: “Comentario al artículo 1564 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991.

LUNA YERGA, Álvaro: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, 2004.

MACÍAS CASTILLO, Agustín: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, 2004.

- “Responsabilidad compartida por falta de determinación del animal causante del daño”, *Actualidad Civil*, N^o 4, febrero, 2005.

MAGNUS, Ulrich: “Causation in German Tort Law”, *Unification of Tort Law*, Jaap Spier, coordinador, Kluwer Law International, 2000.

MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent: *Cours de Droit Civil, T. VI, Les Obligations*, Éditions Cujas, 1995.

MANFREDINI, Arrigo D.: “Responsabilità collettiva e *damnum in turba datum*. Una prospettiva comparatistica”, *Roma e America. Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2001.

MARÉE, Pierrine: *Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en Droit Américain*, Paris, 1987.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: *Daños por productos: estado de la cuestión*, Editorial Tecnos, 2001.

MARKESINIS, B.S.: *A comparative introduction to the German Law of Torts*, Oxford, 1994.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*, La Ley-Actualidad, 1998.

MARTÍN CASALS, Miquel: “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”, *InDret*, N° 284, www.indret.com, mayo de 2005.

MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert: “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N° 65.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Editorial Aranzadi, 2002.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *La responsabilidad civil profesional*, Editorial Colex, 1996.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Editorial Lex Nova, 2005.

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, Editorial Tecnos, 1972.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: “Estudio preliminar”, en *El daño*, Adriano de Cupis, Bosch, 1975.

MARTY, Gabriel: *La responsabilidad civil en Derecho comparado*, Barcelona, 1962.

- “La causalidad en la responsabilidad civil”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, N° 3, 1954.

MAYER, Danièle: “La <garde> en commun”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 73, 1975.

MAZEAUD, Henri y Léon: “Comentario a la sentencia de la Corte de Montpellier de 8 de noviembre de 1949”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1950, tomo 48.

- “Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 4 de enero de 1957”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1957, tomo 55.

- “Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 5 de febrero de 1960”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 59, 1960.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, tomo II, Paris, 1970.

MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo primero, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MEDICUS, Dieter: *Tratado de las relaciones obligacionales*, tomo I, Bosch, 1995.

MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Cívitas, 2007.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998.

MONATERI, Pier Giuseppe: “Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile”, *Trattato di Diritto Civile*, Rodolfo Sacco, director, UTET, 1998.

MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*, Cívitas, 1998.

MONTERROSO CASADO, Esther: *Responsabilidad civil por accidentes de circulación. La concurrencia de causas*, Aranzadi, 2001.

MORENO QUESADA, Bernardo y otros: *Curso de Derecho civil*, Bernardo Moreno Quesada (Coordinador), volumen II-2º, Tirant Lo Blanch, 1998.

MORENO TRUJILLO, Eulalia: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, 1991.

MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1992.

MÜHL, Otto: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, volumen III, Berlin, 1985.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, 2005.

- “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, *InDret*, abril, 2006.

- “La imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de autoría incierta”, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Juan Antonio Moreno Martínez (coordinador), Dykinson, 2007.

NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: “Comentario del artículo 1564 del Código civil”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Editorial Comares, tomo II,

OLIVA BLÁSQUEZ, Francisco: “Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentarios a la STS de 8 de marzo 2006 (RJ 2006, 1076)”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, N° 17.

ORTELLS, Manuel: *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 2003.

ORTÍ VALLEJO, Antonio: “La jurisprudencia sobre responsabilidad civil deportiva”, *Aranzadi Civil*, N° 1, abril, 2001.

- “Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo”, *Lecciones de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, 2002.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*. Tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981.

- “Causalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen I, Cívitas, 1995.

- “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2, abril-agosto de 1983.

- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 5, 1984.

- “Comentario al artículo 1902 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil*, Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, coordinadores, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, 1990.

- *Curso de Derecho civil, Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Pedro de Pablo Contreras y otros (coordinadores), Editorial Colex, 2001.

- “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales”, *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Editorial Aranzadi, 2002.

PASCUAL ESTEVILL, Luis: - *Derecho de daños*, tomo II, Editorial Bosch, 1995.

- “Tendencias actuales del Derecho de daños”, *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán, coordinador, Editorial Bosch, 1992.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, 2002.

- “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *Comentarios al Código civil*, Rodrigo Bercovitz, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

- “Comentario del artículo 1909 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Rodrigo Bercovitz, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

- “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, Rodrigo Bercovitz, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 57, 2001.

- “El criterio de imputación (Generalidades)”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena, Director, Editorial Cálamo, 2004.

- “El criterio de imputación. Los criterios de imputación objetivos”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, Director, Editorial Cálamo, 2004.

- “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, José María Pena López, Director, Editorial Cálamo, 2004.

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930.

POSTACIOGLU, Ilhan: “Faits simultanés et le probleme de la responsabilité civile”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1954.

POZZO, Bárbara: “La responsabilità per dan all’ambiente in Germania”, *Rivista di Diritto Civile*, septiembre-octubre de 1991.

PUIG BRUTAU, José: *Compendio de Derecho civil*, Editorial Bosch, volumen II, 1994.

- *Fundamentos de Derecho civil*, vol. I, Barcelona, 1959.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, volumen III, Editorial Bosch, 1983.

RAMOS MAESTRE, Áurea: *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas (Análisis del art. 1910 del C. C.)*, Editorial Práctica de Derecho, 2001.

REGLERO CAMPOS, Fernando: “El nexo de causalidad y la socialización del riesgo”, *Revista del Poder Judicial*, N° 7, septiembre de 1987.

- “La ‘conducta’ o la negligencia del perjudicado en la nueva ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”, en *Aranzadi Civil*, tomo III, 1997.

- “Los sistemas de responsabilidad civil”, *Tratado de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002.

- “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de responsabilidad civil*, L. Fernando Reglero Campos, coordinador, Aranzadi, 2002.

- “Responsabilidad civil en la edificación”, *Lecciones de responsabilidad civil*, Fernando Reglero Campos, coordinador, Editorial Aranzadi, 2002.

REVILLA CASTRO, Juan Carlos: “Grupos urbanos violentos “tribus urbanas”: causas psicosociológicas de la violencia en grupo”, *Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

ROCA JUAN, Juan: “Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, tomo XXII, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

ROCA Y TRÍAS, Encarna: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000.

RODIERE, René: “Responsabilité”, *Répertoire de Droit Civil*, Tomo IV, Dalloz, 1954.

RODRÍGUEZ-ENNES, Luis: “Notas sobre el elemento objetivo del *effusum vel deiectum*”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen II, 1988.

- “Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*”, *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, XXXV, 1984.

RODRÍGUEZ, Pablo: *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico: “Comentario del artículo 1591 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

ROGERS, W.V.H.: *Winfield and Jolowicz on Tort*, Sweet & Maxwell, 1989.

- “Causation under English Law”, *Unification of Tort Law: Causation*, Jaap Spier, editor, Kluwer Law International, 2000.

ROSENKRANTZ, Carlos: “La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran”, en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos Rosenkrantz, compilador, Barcelona, 2005.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Cívitas, 1997.

RUDA GONZÁLEZ, Albert: “La responsabilidad por cuota de mercado a juicio”, *InDret*, agosto de 2003.

- “Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado”, *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N° 19, septiembre de 2004.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: *Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor*, Granada, 2001.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta: “Responsabilidad por danos causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés”, *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1999.

SALGUERO SALGUERO, Manuel: “La aplicación analógica como escenario de la creación judicial del derecho”, *Aranzadi Civil*, 2002, volumen III, tomo XI.

SALVADOR CODERCH, Pablo: “Causalidad y responsabilidad” (2ª edición), *In Dret*, 03/2002.

SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa: *Prevenir y castigar*, Carlos Gómez Liguire, coordinador, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: “Causalidad y responsabilidad” (3ª edición), *In Dret*, 01/2006.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “Comentario al artículo 1783 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

- “Comentario al artículo 1784 del Código civil”, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinador, Editorial Aranzadi, 2001.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: “El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Número 7, 1994.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: “Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Editorial Cívitas, 2004.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, María del Carmen: *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, 1994.

SANCHO REBULLIDA, Francisco: “La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, *Estudios de Derecho Civil*, volumen I, Pamplona, 1978.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, 1981 y 1993.

- *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Editorial Montecorvo, 2001.

- “Comentario del artículo 1902 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, tomo XXIV, 1984.

- “Comentario del artículo 1910 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, tomo XXIV, 1984.

SAVATIER, René: *Traité de la responsabilité civile en Droit Français*, tomo II, Paris, 1951.

SCHLECHTRIEM, Peter: *Schuldrecht Besonderer Teil*, Tübingen, 1987.

SCHUCK, Peter H.: “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”, en *La responsabilidad extracontractual*, Carlos Rosenkrantz, compilador, Barcelona, 2005.

SCHWARTZ, Gary: “Causation under US Law”, *Unification of Tort Law: Causation*, Jaap Spier, editor, Kluwer Law International, 2000.

SCHWEINBERGER, Eugen: “Le lien de causalité”, *Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*, René Rodiere, director, Paris, 1983.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis: “Responsabilidad civil en el deporte”, en *La responsabilidad profesional*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Comentario del artículo 1249 del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SEUBA TORREBLANCA, Joan: *Sangre contaminada. Responsabilidad civil y ayudas públicas*, Editorial Civitas, 2002.

- “Quién ha sido?”, en *InDret*, N° 2, 2004.

SCHÄFER, Karl: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, (§ 830), 12. Auflage, Berlin, 1986.

SOTO NIETO, Francisco: *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposos. Vinculaciones solidarias*, Editorial Montecorvo, 1982.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: “Comentario al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Faustino Cordón Moreno (coordinador), Aranzadi, 2001.

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: “La responsabilidad del *habitor* en la *actio de effusis et deiectis* y su alcance actual (artículo 1910 del Código civil)”, *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno*, Alfonso Murillo Villar, coordinador, Universidad de Burgos, 2001.

TRIMARCHI, Pietro: *Causalità e danno*, Milán, 1967.

TUNC, André: “Responsabilité (en général)”, *Répertoire de droit civil*, tomo VIII, 1997.

ULMER, Peter: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo V, München, 1997.

VV.AA.: “Avant-projet de reforme du Droit des Obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du Droit de la Prescription [Articles 2234 à 2281 du Code civil]”, Pierre Catalá, director, www.henricapitant.org.

VV.AA.: *Diritto civile. Obbligación e contratti*, UTET, 1995.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, 1969.

VAQUERO PINTO, María José: “Responsabilidad civil por daño medioambiental”, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2006.

VERGÉS VALL-LLOVERA, Montserrat: “Comentario de la STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 4265)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*.

VILLA, Gianroberto: “Nesso di causalità e responsabilità civile per dan all’ambiente”, *Per una riforma della responsabilita’ civile per danno all’ambiente*, Giuffré Editore, 1994.

VINEY, Geneviève: *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Bibliothèque de Droit Privé, 1965.

- *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité.*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998.

- “De la responsabilité personnelle à la repartition de risques”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, 1977.

- “Comentario al artículo 1348”, en “Avant-projet de reforme du Droit des Obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la Prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)”, www.henricapitant.org, 2005.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice: *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, Jacques Ghestin, director, L.G.D.J, 1998.

VISINTINI, Giovanna: *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, 1999.

- *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo II, Astrea, 1998.

VON TUHR, Andreas: *Tratado de las obligaciones*, tomo primero, Editorial Reus, 1934.

WALLINGA, Tammo: “*Effusa vel deiecta* en Roma y Glasgow”, *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho moderno*, Alfonso Murillo Villar, coordinador, Universidad de Burgos, 2001.

WEIR, Tony: “Complex liabilities”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, V. XI. *Torts*, André Tunc, editor jefe, I.C.B.Mohr, 1976.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, 2001.

- “El ejercicio en grupo de profesiones liberales”, en *La responsabilidad civil profesional*, Luis Martínez Calcerrada, autor, Editorial Colex, 1996.

- “La responsabilidad civil por los daños producidos en el ejercicio del derecho de reunión”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, número 1, julio de 1983.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: “La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código civil”, *La Ley*, 1988.

ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, 1995.