

definitiva sobre el propósito perseguido por la cuantía de la condena acordada, hay que ser consciente de algunas cosas.

En primer lugar, hay que ser consciente de que el deseo de que se restituya un enriquecimiento a través de una condena puede explicar que la cuantía de ésta sea mayor al daño y que a veces esto puede explicar la idea recogida antes en (a), sin necesidad de abandonar la lógica indemnizatoria (cuestión que se discute en el *common law* hablando de *restitutionary damages* y de *disgorgement damages*). Es cierto que también en el terreno del enriquecimiento injusto hay casos que se pueden explicar destacando las dimensiones punitivas de las condenas que se acuerdan (por ej. otorgar al desconocido autor de una canción los beneficios que ha obtenido, explotándola sin su permiso, un célebre cantante), pero creo que esto mismo permite darles el limitado papel que merecen en la responsabilidad civil: se trata de elementos punitivos introducidos en el sector del ordenamiento dedicado al enriquecimiento injusto (o, según otros autores, en el de la llamada gestión de negocios *impropia*) que vendrían a plantearse de rebote (a tres bandas) en aspectos muy concretos del sector de la responsabilidad extracontractual (los llamados *lukrative delikten* o *fautes lucratives*).

En segundo lugar, hay que ser consciente de que la idea de que el daño causado dolosamente incrementa el daño extra-patrimonial sufrido por la víctima puede explicar el dato que antes recogimos en (b), sin abandonar tampoco aquí la lógica indemnizatoria, es decir, sin entrar en la lógica punitiva. Además, hay que tener en cuenta también que los daños extrapatrimoniales no son, por su propia naturaleza, susceptibles de medida exacta y que eso hace que el juez tenga que acercarse a la determinación de su cuantía teniendo en cuenta aspectos colaterales que, por el contrario, ignoraría sin pestañear si se tratara de valorar daños patrimoniales. Esto probablemente también tenga influencia en la idea recogida en (b). Este hecho de que los daños extrapatrimoniales no sean susceptibles de determinación exacta podría incluso llevar a decir que, hablando de ese tipo de daños, lo que ocurre es que no se puede llegar a saber si la indemnización concedida es o no mayor al daño causado. Sobre esto, el libro del profesor De Ángel destaca que el dato decisivo es la razonabilidad de la indemnización, lo cual creo que es un acierto y permite plantear las cosas en sus justos términos.

Pedro DEL OLMO GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

**PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, 159 pp.**

1. Fernando Peña presenta esta monografía como una «revisión crítica de la teoría de la imputación objetiva», con el objetivo de analizar lo que puede aportar, «así como sus límites y sus verdaderas relaciones con los demás presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual» —causalidad y culpa—, y con la responsabilidad objetiva. En su opinión, la mencionada teoría ha sido acogida con un cierto «automatismo acrítico» y esto se ha

reflejado en la «difusa frontera que existe, al menos en las sentencias, entre muchos de estos criterios de imputación objetiva, la culpa y el caso fortuito; así como en una notable confusión jurisprudencial entre el problema de la causalidad y el de la imputación objetiva».

Parte –de la mano del trabajo de Martín García-Ripoll, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares: Granada, 2008– de que la teoría de la imputación objetiva surge dentro del derecho penal alemán para limitar los excesos a los que conduce la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el contexto de los delitos dolosos (Capítulo II), y de aquí deduce que el papel que aquélla puede pretender jugar en la responsabilidad civil española se encuentra completamente condicionado por las circunstancias en las que se gestó.

2. En materia de causalidad (Capítulo III), el autor denuncia el protagonismo excesivo que se ha dado a la causalidad empírica como requisito general y extrajurídico que se constata a través de la fórmula de la *conditio sine qua non*, y opina que la dicotomía «causalidad» (como cuestión de hecho) e «imputación objetiva» (como cuestión jurídica) no refleja bien el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad. Siguiendo a Medina Alcoz –*La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson-Civitas: Cizur Menor, 2007–, entiende que el elemento «causalidad» es siempre un presupuesto esencialmente normativo que debe relacionar el daño con el comportamiento humano al que se vaya a imputar, lo que en ocasiones se logra acudiendo a la causalidad empírica, pero no siempre, como evidencian los supuestos de causalidad por omisión, causalidad entre conductas humanas (consejos, indicaciones, etc.), daño causado por miembro indeterminado de grupo, causalidad en los supuestos de responsabilidad vicaria o en supuestos legales en los que el legislador permite presumir la causación a partir de ciertos indicios significativos, etc. De aquí concluye que haría falta encontrar un criterio que sustituya la dialéctica «causalidad empírica/imputación objetiva» y aunque no lo propone, sí menciona que habría que tener en cuenta la llamada «causalidad probabilística» o la teoría de la «pérdida de oportunidades».

Ciertamente, el autor ha querido poner de relieve que en las explicaciones más habituales del derecho de daños se tiende a dar un papel residual a las «cuestiones causales» no resueltas por la causalidad empírica, y en esto probablemente tenga razón, pero por lo demás pienso que su enfoque de la causalidad suscita serias dudas pues, al considerar que la causalidad es siempre una cuestión jurídica que incluye tanto la causalidad empírica como las otras formas de relacionar el daño con la conducta a la que se imputa, termina por poner al mismo nivel cuestiones tan heterogéneas como la causalidad empírica, los criterios para imputar daños por omisión, la causalidad «probabilística», la causalidad por «pérdida de oportunidades», la causalidad en la responsabilidad objetiva, en la responsabilidad vicaria, etc.

Nos guste o no, la realidad física (prejurídica) es siempre el dato del que se debe partir, aunque no sea ni el único ni el último en la determinación de las consecuencias jurídicas que se ligan a la causación: habrá motivos –criterios jurídicos– para limitar su virtualidad expansiva (criterios de imputación objetiva), para descartar la imputación de una causalidad probada (causas de exoneración) y para suplir la causa empírica (problemas de incertidumbre causal). Los «fenómenos causales» distintos de la causalidad empírica constituyen siempre criterios jurídicos que pueden jugar funciones diversas: unos imputan daños a conductas determinadas (por ejemplo, omisiones), otros imputan daños a un grupo por imposibilidad de conocer al

autor, o solucionan problemas de causalidad concurrente, alternativa, etc.; otros simplifican la prueba de la causación o dan por probada la causalidad a partir de ciertos indicios significativos, etc. A su vez, los supuestos en los que hay que responder del daño causado por otro plantean una problemática específica, que hasta ahora nadie ha considerado «causal» (habrá que probar, por un lado, la causalidad entre el daño y la conducta del agente, y por otro, la relación entre el responsable y el agente); tampoco se aprecia lo que puede aportar la «pérdida de oportunidad» como problema causal. Como decía, quizá la intención del autor se haya limitado a denunciar la insuficiencia de la causalidad empírica, pero al hacer hincapié en su patología termina por presentar un panorama confuso, sin una propuesta alternativa.

3. En relación con la culpa (Capítulo IV), mantiene que «lo que llamamos «imputación objetiva» no es, en lo sustancial, más que una reformulación de parte del contenido tradicional de la culpa o negligencia, que se ha trasladado a un momento dogmático diverso dentro de la teoría general del delito» (pues esto es lo que los penalistas hicieron al generalizar la imputación del ilícito a título de imprudencia para aplicarlo a los delitos dolosos). Para llegar hasta aquí, parte de que la confusión entre la teoría de la imputación objetiva y la de la culpabilidad es total, al menos en la jurisprudencia; plantea que «tiene que haber un motivo para esta confusión» y afirma que «ese motivo tiene que tener un origen conceptual», para encontrarlo una vez más en la génesis histórica de la imputación objetiva. Analiza a continuación los criterios de imputación objetiva más representativos para concluir que sólo dicen aquello que ya se encargaba de decir el «concepto tradicional» de culpa; así, cada criterio de imputación objetiva no sería más que otro modo de referirnos a la culpa. Por ejemplo, dice el autor, si el criterio del «incremento del riesgo» excluye la responsabilidad cuando la conducta alternativa diligente tampoco hubiera evitado el daño, es como decir que sólo existe culpa si el daño es evitable empleando la diligencia debida; o con otras palabras, «si una conducta conforme al deber de diligencia no hubiera evitado el daño, no existe culpa o negligencia, pues ésta carece de relevancia respecto del daño causado».

A nadie puede sorprender que en un sistema como el nuestro, que durante tiempo no ha conocido prácticamente otros criterios de limitación de la responsabilidad que la «culpa» (al que se sumó más tarde la causalidad adecuada), sea ésta la encargada de realizar funciones que otros modelos solucionan de modo diverso; cada uno resuelve con las herramientas que tiene a mano, y en muchos casos con idéntico resultado. Pero de aquí no puede deducirse que decidir no imputar un resultado dañoso utilizando el criterio del incremento del riesgo sea *lo mismo* que enjuiciar la culpa del eventual responsable. En ausencia del criterio, es lógico que la culpa se haya encargado de esta tarea, pero a nadie se le escapa que un elemento que debe servir tanto para imputar (subjektivamente) como para limitar la cláusula general de responsabilidad (hacer de filtro en la imputación) es una herramienta a la que se le está pidiendo demasiado para que lo haga bien, con las consecuencias nada satisfactorias que son por todos conocidas. No se trata –como sugiere el autor, haciéndose eco de García-Ripoll– de una misma cosa en un «momento dogmático» distinto, sino de modos diferentes de resolver el mismo problema, y frente a una culpa a la que se han asignado demasiadas funciones, el criterio de imputación objetiva hace que el modelo resulte más claro y operativo.

Desde luego, uno puede empeñarse en buscar la manera de formular el concepto de culpa de manera que incluya o excluya lo que propone cada uno de los criterios de imputación (aunque no se entiende este deseo de hacer girar todo el peso de la responsabilidad civil –con función exclusivamente indemnizatoria– en torno a la valoración de la conducta del eventual responsable, *salvo que se tome el modelo penal como paradigma*), pero lo que nadie puede negar es que los criterios (también el criterio de la adecuación) de imputación objetiva funcionan sin depender del concepto de culpa, esto es, con independencia de tener que probar el deber de cuidado infringido por el responsable. Así ocurre en nuestra jurisprudencia, aunque no siempre las sentencias consigan la claridad conceptual que a veces se busca en los estudios de la especialidad, en los PETL, en el DFCR, en el *common law*, en el derecho alemán de daños (que tiene muchos más motivos que nosotros para depender del «ilícito») y en otros tantos. Cosa distinta es que difícilmente un tribunal podrá dejar de pronunciarse sobre la culpa, aunque haya resuelto el caso mediante un criterio de imputación objetiva, por motivos obvios en un sistema de responsabilidad sustentado en aquélla.

4. Finalmente, el autor rechaza que los criterios de imputación objetiva sean aplicables a los regímenes de responsabilidad objetiva (Capítulo V), porque «en los propios presupuestos de la cláusula general de responsabilidad objetiva se encuentran todos los ingredientes necesarios para limitar los efectos excesivos del requisito de la causalidad empírica», en concreto, los dos elementos de la mencionada cláusula –el «riesgo anormal» y el «daño en el que éste se plasma»– son suficientes para limitar los hechos relevantes en la cadena causal.

Lógicamente, si se parte de que todos los criterios de imputación objetiva incorporan elementos de culpa, habrá que concluir *–a priori–* que resultan ajenos en un sistema de responsabilidad objetiva. Pero si no comparte ese presupuesto, resulta inevitable la necesidad de comprobar si es cierto, y el problema es que el autor no analiza un solo supuesto concreto de responsabilidad objetiva. Con todo, y sin abandonar el plano de las consideraciones generales, lo cierto es que la idea de que «el daño del que se responde objetivamente debe ser plasmación del riesgo anormal frente al que la norma protege» es una concreción del criterio del fin de protección de la norma, luego ya se ve que al menos este criterio no es ajeno a la responsabilidad objetiva. Por otra parte, los problemas de daños mediatos o el encadenamiento causal de daños seguirán necesitando criterios de imputación para ser resueltos, aunque nos encontremos dentro de la responsabilidad sin culpa. Se podría argumentar que esos criterios resultan aplicables porque forman parte de los elementos que delimitan el ámbito de la responsabilidad objetiva, pero esto habría que probarlo en cada supuesto concreto (pues también hay notables diferencias entre ellos) y, si no, estaremos haciendo pura jurisprudencia de conceptos.

5. Aunque pudiera parecer, después de lo dicho hasta aquí, que el autor es poco partidario de que la teoría de la imputación objetiva juegue un papel relevante en nuestro derecho de daños, lo cierto es que también pone de relieve los efectos positivos que ha tenido para éste. Reconoce que «la incorporación de la teoría de la imputación objetiva ni es difícil ni produce perturbaciones graves, de tipo conceptual o dogmático, dentro del régimen de responsabilidad subjetivo» y que «los criterios de limitación del alcance de la responsabilidad o de imputación objetiva suponen una cierta mejora en términos conceptuales y sistemáticos con respecto al sistema precedente»; con-

cede incluso que «la bipartición del concepto tradicional de diligencia en dos, manteniendo a la infracción del deber de diligencia como único contenido del concepto de culpa, y trasladando al ámbito de la imputación objetiva o de la determinación del alcance de la responsabilidad al nexo normativo entre esa infracción del deber de cuidado y el daño, puede permitir una mejora en la tarea de definir los deberes de diligencia». Lo que el autor desea es encontrar para la imputación objetiva un mejor encaje en el modelo español de responsabilidad civil y para ello realiza estas dos propuestas: en primer lugar, que la «causalidad» no debería ser identificada de forma abstracta y general con la causalidad empírica (en la que juega su papel la imputación objetiva), o que al menos debería advertirse que no siempre es necesaria o indispensable; y en segundo lugar, que la «culpa tradicional» quedaría dividida en dos partes: los problemas de imputación que se resolvían antes con el test de evitabilidad-previsibilidad quedarían ahora en sede de «imputación objetiva», y la culpa se reduciría a la presencia de buena fe en el sujeto más la infracción del deber de cuidado.

Visto el trabajo desde sus conclusiones, que –con algunos matices– no se encuentran lejos de las explicaciones actuales del derecho de daños, no se entiende bien por qué el autor ha recorrido un itinerario en el que ha llegado a defender posturas y propuestas mucho más discutibles. Quizá todo sea un problema de *presupuestos*. Los criterios de imputación objetiva no fueron propuestos en nuestro ordenamiento como una teoría, ni por tanto acarrearían el aparato dogmático en el que se habían gestado, pues a nadie se le escapa –y menos a quien proponía su adopción con inusual agudeza y plena conciencia– que se trata de aplicarlos a un sector jurídico en el que las diferencias son más que notorias, así como que su función es la de limitar la virtualidad expansiva de una cláusula general en un sistema que desconoce los límites por tipicidad y por antijuridicidad. Y esta adaptación resulta perfectamente posible precisamente porque la imputación objetiva no se propone como «teoría» (en sentido dogmático), ni como «presupuesto» que viene a desbancar a otros, sino como *el planteamiento de un problema* (compartido con la dogmática penal –y con el derecho de daños de todos los sistemas jurídicos– pero en un contexto bien diferente), el de los criterios para determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo, y cuáles no; y como *solución* a éste desde una perspectiva mejor que la que estaban proporcionando la culpa o la causalidad adecuada, aunque no se trate de una perspectiva «dogmática», sino «tópica».

Baste para ilustrar estas palabras, las del profesor Pantaleón cuando explica que «sería erróneo razonar aquí (en torno a la imputación objetiva) en términos de lógica formal, ya que los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino «tópicos de impreciso halo», en cuanto compensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender»; por eso no encuentra inconveniente en afirmar que «en el campo de las omisiones, no cabe distinguir entre problemas causales y problemas de imputación objetiva, pues no puede hablarse con propiedad de causalidad de las omisiones»; esto es, cuando la causalidad empírica no funciona, también nos enfrentamos a la necesidad de encontrar criterios de imputación, no para limitar aquélla, sino para suplirla: decidir si imputar el daño a quien omite una conducta, al grupo (cuando no se sabe cuál de sus miembros causó el daño, pero sí que fue uno –o varios– de ellos), al que «muy probablemente» ha sido causante del daño, a los que concurren en la

causación de un daño, etc. Hay mucha más distancia entre la causalidad empírica y el resto de criterios normativos de imputación de daños (por exceso o por defecto) que entre los criterios de imputación objetiva (entendidos como límites a la causalidad empírica) y los criterios que hacen falta para suplir la causalidad empírica o resolver los problemas de concurrencia causal, etc. Así, cuando se juzga si el dueño de un establecimiento es responsable del daño que sufre un cliente que resbala y cae en el acceso al mismo en un día de lluvia, por no haber secado dicho acceso, o si es el dañado quien debe soportar ese daño como mero reflejo del riesgo general de la vida, no es lógico mantener que se trate de dos problemas distintos, uno de causalidad (por omisión) y otro de imputación objetiva para limitar los excesos de la causalidad empírica, como tampoco tendría sentido afirmar que como no hay causalidad empírica (entre el daño y el eventual responsable por omisión) no entran en juego los criterios de imputación objetiva, etc.; se trata de criterios a valorar en un mismo plano (la imputación del daño a una conducta o a otra), que tampoco serán extraños cuando se esté hablando de la culpa de quien omitió la conducta (¿debió secar el suelo?) o de la culpa de la víctima (¿debió prever el resbalón?). Los criterios de imputación funcionan y resuelven el caso tanto si no se prueba la culpa como si, habiéndose probado, concurre otra circunstancia relevante, por ejemplo, que el resbalón estuviese provocado por la inadvertencia de otro viandante. Tampoco debería inquietarnos el hecho de que esos mismos «tópicos» vayan a jugar un papel en la delimitación del ámbito de riesgo cubierto por la norma que establece una responsabilidad objetiva, o en la búsqueda de la norma de cuidado infringida, en cada caso desde su correspondiente perspectiva.

Siento no poder compartir las propuestas de Fernando Peña, pues trabaja con el buen deseo de mejorar el panorama de nuestro derecho de daños, pero pienso que en esta ocasión ha seguido una pista inadecuada que le ha llevado mucho más lejos de lo que él mismo asume como conclusiones.

Xabier BASOZÁBAL ARRUE  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

**SCHWARZ, Günter Christian/WANDT, Manfred: *Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA*, 4.<sup>a</sup> edición, ed. Franz Vahlen, Munich, 2011, 533+XXVI pp. \***

En su recensión a un reciente manual de Hein Kötz sobre «Derecho de contratos», Bruno Rodríguez-Rosado ponía de manifiesto cómo en la manualística alemana de los últimos años se aprecia un importante cambio en el enfoque del Derecho de obligaciones, sustituyéndose su tradicional tratamiento unitario, encarnado en el BGB, por otro diferenciado e independiente de sus distintos elementos; conforme a la misma opinión, el citado libro de Kötz y el que aquí va a ser objeto de recensión marcarían un punto de inflexión en este proceso (la recensión se encuentra publicada en *ADC* 2011-II, pp. 803 y ss.).

\* Esta recensión se inscribe en el Proyecto de Investigación sobre «Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho europeo y comparado» (DER2011-25092).