

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA SOBRE EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ignacio Granado Hijelmo ¹

1. Concepto.

Desde su constitución en 1996, el Consejo Consultivo de La Rioja (CCR) ha intentado atrapar en una tupida red de parámetros jurídicos, de imputación y exoneración, el abrumador y evanescente casuismo que presenta la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en cuyo procedimiento administrativo interviene con el dictamen preceptivo que exige su Ley reguladora².

Uno de esos parámetros es el *daño desproporcionado*, por el cual, quien, siguiendo el sentir social común de un hombre medio, debería, en principio, soportar la actualización en siniestro de un riesgo típico o general de la vida, aceptado expresa o tácitamente por el mismo al participar en el ámbito de actuaciones que lo genera, queda, sin embargo, exonerado de responsabilidad en base a la magnitud, cuantitativa o cualitativa, de sus efectos lesivos, los cuales deben ser imputados entonces al dañante, salvo que éste pruebe que el daño se ha producido total o parcialmente fuera de su ámbito de actuación, por interferencia de la víctima, de un tercero, de un caso fortuito o de una causa de fuerza mayor, que elimina o modera su responsabilidad³.

Aunque, como veremos, este criterio hunde sus raíces en el Derecho romano⁴ y bizantino⁵, su aplicación procesal moderna deriva del Derecho anglosajón, de donde ha

¹ Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja. Trabajo publicado en *Revista Española de la Función Consultiva*, ISSN 1698-6849, Valencia, Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, 2011, núm. 16, págs. 283 a 288.

² Art. 11 g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (LCCR), texto actualizado que puede consultarse en la página del mismo en internet: www.ccrioja.es > información > normativa del Consejo > vigente. Los Dictámenes del CCR se citan como D. seguido de su número y año.

³ Esta descripción tiene base en la jurisprudencia sobre responsabilidad civil que ha acogido la doctrina del *daño desproporcionado* desde la STS de la Sala 1ª de 2 de diciembre de 1996, seguida por muchas otras (cfr. SSTS 29-7-94, 2-12-96, 21-7-97, 22-5-98, 9-12-98, 29-6-99, 9-12-99, 30-12-99, 19-7-01, 18-12-02, 31-1-03, 8-5-03, 26-3-04, 27-10-05, 20-6-06, 5-1-07, especialmente, 16-4-07, 20-4-07, 23-5-07, 8-11-07, 23-10-08 y 30-6-09, entre otras).

⁴ Para las citas del *Corpus Iuris Civilis*, se sigue la edición ordinaria de T.Mommsen, P. Krüger y G.Kroll, Berlin, 1928-29=1954, si bien con la traducción española, en cuanto al Digesto (citado como D. seguido del número indicativo del libro, título y parágrafo), de A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M.G. García Garrido y J. Burillo, Ed. Aranzadi, Pamplona 1968-1975; y, en cuanto a la Instituta (Inst.), el Código (C.) y las Novelas (Nov.), de I. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 6 vols. Barcelona 1889-1897= Valladolid, 1990).

pasado a la jurisprudencia europea continental y, en España, también a la doctrina de los Altos Órganos Consultivos, como el CCR⁶.

2. Naturaleza jurídica.

La precedente descripción revela, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, que el *daño desproporcionado* tiene un carácter sistémico, aunque meramente adicional, valorativo y probatorio, cuyos efectos son correctivos, es decir, dirigidos a invertir el régimen ordinario de la carga de la prueba y, eventualmente, de la imputación de la responsabilidad. Esta eficacia posterior denota, además, el carácter segundo o secundario que, desde una perspectiva de lógica jurídica, tiene este parámetro en el Derecho de daños. A continuación, se analizan estas características, advirtiendo que la connotación valorativa del parámetro no altera, sin embargo, el carácter objetivo inherente a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A) Carácter sistémico.

El *daño desproporcionado* tiene carácter *sistémico* ya que se incardina en el *sistema* en que, por imperativo del art. 149.1. 18 CE, la responsabilidad patrimonial de la Administración consiste, por más que dicha expresión constitucional admita también ser interpretada como sinónimo de régimen jurídico general de esta institución jurídica en el marco del reparto competencial en el que se inserta el precepto que la recoge⁷. Pero, en todo caso, el sintagma constitucional tiene la ventaja de orientarnos hacia una interpretación global de la responsabilidad patrimonial y sus distintos componentes en sus relaciones con el resto de instituciones de Derecho público.

En efecto, en el método para la explicación de las Ciencias Sociales que es la *Teoría General de Sistemas* o, como prefiero denominarlo, *Sistemología Estructural*, *sistema* es toda unidad de intelección que manifiesta una coherencia entre los elementos

⁵ El Derecho bizantino post-justiniano fue recopilado en los *Basílicos*, colección en 60 libros auspiciada por el emperador Basilio I el Macedonio (867-886) y ultimada por su hijo León VI el Filósofo (886-911) hacia el año 900, que fue objeto de múltiples comentarios marginales o escolios. Se cita por la edición ordinaria de H.J. Scheltema; N. van der Walt y D. Holwerda, Groningen, 1953-74, en dos series, una para los *Basílicos* y otra para los escolios; si bien sigue siendo de referencia la clásica edición heimbachiana (de los hermanos G. E y C.W.E Heimbach), *Basilicorum libri LX*, Leipzig 1833-70, con traducción latina del texto griego.

⁶ Se considera *leading case* de esta doctrina la Sentencia de 25 de noviembre de 1863, de la *Exchequer Court* inglesa, recaída en el caso *Byrne adversus Boadle* y apoyada por los jueces Pollock, Bramwell y Channell, con el voto concurrente del juez Pogott y el particular del juez Channell (cfr. 159 *England Rep.* 299, *Exchequer Court*, 2, *Hurlstone & Coltman*, 722). En Alemania, es recogida por la Sentencia de 10 de julio de 1956, del Tribunal Supremo Federal; en Francia, por la Sentencia de 28 de junio de 1960, de la Corte de Casación; y, en España, es acogida desde la STS 1ª de 2 de diciembre de 1996.

⁷ En todo caso, el precepto reserva a la legislación estatal la fijación de la normativa básica en materia de responsabilidad, sin perjuicio de que la legislación autonómica pueda dictar normativa de desarrollo en el ámbito de sus propias competencias sectoriales (cfr. STC 61/1997, FJ 33º).

y estructuras que la componen. La aplicación al Derecho de dicho método es la denominada *Jurisprudencia de Sistemas*⁸.

Desde esta perspectiva metodológica, la responsabilidad patrimonial se presenta como un sistema integrado por distintos elementos coherentes, como el hecho lesivo, la causalidad, el efecto dañoso, la imputación, la prueba o el cálculo de la indemnización, entre otros. Es precisamente el carácter sistémico de la responsabilidad el que ha permitido al CCR urdir sobre ella la red de conceptos aludida al comienzo, consciente de que, para la correcta intelección y aplicación de todos los elementos que confluyen en la responsabilidad patrimonial, la Ciencia jurídica puede valerse de diversos parámetros o criterios jurídicos, como, por ejemplo, la *condicio sine qua non* para fijar la causalidad (D. 82/05, D.148/08, y D.36/10, entre otros) o el estándar de los servicios (D.102/07, D.4/10, entre otros) y el consentimiento informado (D.34/07, D.63/08, D.97/09, entre otros) para decidir sobre la imputación. Pues bien, uno de esos parámetros empleados por el CCR es precisamente el *daño desproporcionado*, que opera en la fase de prueba y, eventualmente, en la de imputación de responsabilidad (D. 37/07, D.63/08, entre otros).

El carácter sistémico del *daño desproporcionado* ha exigido al CCR aplicarlo a la responsabilidad patrimonial en coherencia con el resto de criterios que operan en cada caso concreto, es decir, sin actuar con ellos de una forma aislada e inconexa y, además, ponderando todas las circunstancias concurrentes, todo ello en orden a lograr un resarcimiento integral del daño (D.31/06; D.113/08; D.13/09, D.24/09 y D.46/10, entre otros)⁹.

B) Carácter adicional.

El *daño desproporcionado* constituye un parámetro adicional o adjetivo (*adiectus*), en el sentido de que parte de una novedad (*aliquid novi*) añadida al daño temido (*damnum infectum*), esto es, al daño que un hombre corriente se ha representado al someterse a una actividad que conlleva el riesgo de producirlo¹⁰. La novedad añadida

⁸ Cfr. al respecto mi obra *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Barcelona, Ediciones Universitarias Internacionales, 1996.

⁹ El Derecho romano iba más allá de la *restitutio in integrum*, pues, para reclamar la responsabilidad extracontractual, de la *Lex Aquilia de damno* (plebiscito realizado *circa* 286 a.C, y recogido por Gayo, en D.922.pr, y por Ulpiano, en D.9.2.27.5), nació una *actio Legis Aquiliae* que, como declara Justiniano en Ints. 4,6,15, además de *noxal*, era *mixta*, esto es, tanto *resarcitoria* del daño económico causado, como *punitiva* del dañante, ya que, por un lado, en su capítulo I, no se indemnizaba sólo el valor de mercado actual de lo dañado (*quantum res est*), sino el mayor valor (*quanti plurimi*) alcanzado por la cosa en el plazo anual de duración de la acción; y, por otro, la oposición procesal maliciosa del dañante (*infitiatio*) aumentaba dicho plusvalor al doble (*in duplum*). El Derecho bizantino aún aumentó los criterios de valoración de la cosa y de punición de la *infitiatio* para sanar (*therapéuein*) íntegramente el daño causado (cfr. la *Paráfrasis* de Teófilo, 4.3.15 y el Escolio 1 a *Basilicos* 60.3.1, ambos textos referidos a fragmentos de Ulpiano en D.9.2.1 y Gayo en D.9.2.2 sobre la *Lex Aquilia de damno*). Cfr. MIGLIETTA, Massimo, “Reflexiones en torno al Título III, Libro IV de la Paráfrasis de Teófilo en materia de daño extracontractual”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 23-24, 2010-11, págs. 347-364, concretamente, págs. 356-357.

¹⁰ El término latino *infectus* (que no es un participio del verbo *inficio*, infectado, sino un adjetivo derivado de *in-factus*, no realizado), se empleó en Derecho romano preclásico para calificar una *legis*

al daño temido consiste en una intensificación imprevista de los efectos lesivos ordinarios asumidos como tolerables y que lo cualifican ahora como un daño inusual y desorbitado, en suma, desproporcionado, esto es, dotado de una magnitud, cuantitativa o cualitativamente, excesiva (*laesio enormis*)¹¹.

No es, pues, el daño, sino su exceso o desproporción, o sea una cualidad añadida al mismo, y que lo cualifica dotándole de una magnitud excesiva (*enormitas*), la que explica la funcionalidad correctiva que se asocia a este parámetro en el sistema de la responsabilidad patrimonial.

De ahí que la *ratio* jurídica del *daño desproporcionado* sea la misma que inspiraba a las *actiones adiecticiae qualitatis*¹², es decir, una excepción a la regla general del *onus*

actio de damno infecto (Gayo, 4,31), dirigida a prevenir el daño temido por el derrumbamiento de una construcción vecina que amenazaba ruina, si bien fue desplazada en la práctica urbanística por la pretoria *cautio damni infecti*, que, si no se prestaba, podía ocasionar una *missio in possessionem* (D.39.2), antecedente del luego sería nuestro *interdicto de obra ruinosa*, ahora embebido en el juicio verbal (cfr. art. 250.1.6º LEC). Algo similar sucede en el caso de los árboles corpulentos que amenazan con caer sobre el fundo colindante. Para un análisis de los antecedentes romanos y régimen vigente de estas acciones y su relación con la responsabilidad extracontractual, cfr. mis “Comentarios a los arts 389 a 391 Cc”, en VVAA, (Pedro de Pablo Contreras, dir.) *Comentarios al Código Civil*, 4 vols, Madrid, Civitas, 2011, vol 1, págs 1532 a 1544.

¹¹ En Derecho romano, la expresión *laesio*, en sentido material, implicaba un daño corporal (así, Gayo en D.9.3.7) que es la acepción recogida por el Derecho penal (cfr. arts 147 y ss CP sobre el delito de lesiones), que curiosamente también reaparece en la responsabilidad patrimonial por daño sanitario desproporcionado en cuanto que también es un *damnum corpore illatum*. Pero, en un sentido amplio y traslaticio, expresaba también cualquier perjuicio a un tercero (así, Scaevola, en D.17.2.49), lo que explica que *non laedere* fuera incluido entre los *tria praecepta iuris* (Ulpiano, D.1.5.1). Nuestro Derecho público ha recogido ese concepto amplio como sinónimo de infracción jurídica (cfr. el art. 103 LPAC sobre declaración de *lesividad* de actos anulables). Sin embargo, en la responsabilidad extracontractual, por influencia de la *Lex Aquilia de damno*, se impuso más bien el término *damnum*, mientras que *laesio* comenzó a emplearse, en el Derecho justiniano de obligaciones, como causa de rescisión de aquellos contratos en que se pagara más del doble del precio justo de la cosa (*laesio ultra dimidium*, cfr. C 4.44.2). Aunque el Cc no admite la rescisión por lesión (art. 1293 Cc), salvo la del cuarto en perjuicio del pupilo (art. 1291.1 Cc), del ausente (art. 1291.2 Cc) o del cohederero en las particiones (art. 1074 Cc), la legislación foral la recoge en Navarra (leyes 499 y ss. FN) y Cataluña (art 321 CCat). En todo caso, el *ius commune*, convirtió a la *laesio* en un término expresivo de una estimación económica desproporcionada (*laesio enormis* o *enormissima*), susceptible de incurrir en las leyes canónicas de represión de la usura (pe. CIC Decr. Greg. V, 19, 10 y Extr. com. III, 5, 2:) de las que, a través de nuestra legislación histórica (pe. P 6.6.4 y 5.11.31 y NR 12.22), deriva nuestra famosa Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 que también sanciona con nulidad los negocios desproporcionados. Por todo ello, estimo que el término *laesio enormis* puede ser recuperado en Derecho de daños para aludir al criterio del *daño desproporcionado*, advirtiendo que, si bien la lesión en que consiste no es necesariamente económica e incluso suele ser más bien corporal, a la postre redundará en una estimación dineraria (*aestimatio*), que se cifrará en la indemnización precedente.

¹² A partir de un fragmento de Paulo recogido en D.14.1.5.1, los glosadores medievales generalizaron la denominación de *actiones adiecticiae qualitatis* para referirse a todas aquellas en que, como sucedía en las acciones *institoria*, *exercitoria* o *quod iussu*, había una cualidad añadida, normalmente una relación de mandato, que explicaba la transposición de personas que aparecía en el proceso formulario, en cuya virtud se demandaba, en la *intentio*, al mandatario, pero, en la *condemnatio*, aparecía el principal. Pues bien, en el *daño desproporcionado*, la transposición de personas opera mediante la inversión de la carga de prueba y, eventualmente, de la imputación, haciendo responsable del daño excesivo a su causante y no a la víctima quien hubiera debido asumirlo de no haber sido excesivo.

probandi, pues, como veremos, se traduce en una inversión de la carga de la prueba y, en su caso, del criterio de imputación ordinario¹³.

La prueba de la enormidad o desmesura del daño incumbe, en principio, a quien la afirma, esto es, normalmente a la parte reclamante, pero el CCR suele *amabilizar* esa probanza acudiendo a la doctrina de que no es necesario probar los hechos notorios cuando la desproporción es evidente por sí misma (cfr. D.10/05; D.63/08, D.104/08; D.48/09, D.54/09, D1/10, D.63/10 y D.82/10, entre otros).

C) Carácter valorativo.

La adición al daño consiste en un exceso o desproporción que sólo puede ser aprehendida mediante una operación lógica de ponderación comparativa¹⁴ que ponga en relación el riesgo (daño temido, pero no realizado, o sea, *non factum* o *infectum*), que es reputado normal y asumible por un hombre medio, con el daño efectivamente producido (*factum*) que, por su entidad cuantitativa o cualitativa, desborde ese estándar social que se considera ordinario. Por tanto, el *daño desproporcionado* implica un *juicio de ponderación y comparación* y una previa fijación del estándar medio de daño temido que socialmente se estima asumible como riesgo ordinariamente derivado de la actividad de que se trate por quien se somete, voluntaria o al menos espontáneamente, a ella. El *daño desproporcionado* surge así cuando el daño que se ha producido (*quod factum est*) excede notablemente al previsible, esto es, al que ordinariamente suele producirse en iguales circunstancias (*id quod plerumque accidit*)¹⁵.

El fundamento del *daño desproporcionado* como parámetro jurídico en el sistema de responsabilidad patrimonial estriba, pues, en una *relación de adecuación*, subjetivamente sentida y racionalmente aprehendida, entre dos realidades lesivas que se representan al aplicador jurídico: una es el *daño* que se reputa sociológicamente asumible por una persona media que haya asumido voluntaria o espontáneamente el riesgo inherente a la actividad que la produce (quizá, con analogía con el término empleado por los glosadores para calificar una carga modal ordinaria pudiéramos denominarlo *damnum simplex*); y otra es el daño, cuantitativa o cualitativamente, *exorbitante* que, en comparación con el anterior, se ha producido en el caso concreto (y

¹³ La idea del *daño desproporcionado* se deduce ya de algunos fragmentos del Digesto que pasaron a los *Basilicos*. Así, en *Basilicos* 60.3.9, se refiere el caso de una joven parturienta que murió tras haberle administrado la matrona (*obstetrix*) un medicamento (*phármakon*) abortivo, caso éste que los escoliastas relacionaron con la *causa mortis praestare* de un fragmento de Ulpiano recogido en D.9.2.9. También puede citarse el Escolio 10 a *Basilicos* 60.3.11, que refiere un caso de coparticipación de varios dañantes en la muerte de un esclavo, aludiendo a la opinión de Juliano contenida en D.9.2.11.2. Cfr. MIGLIETTA, Massimo, “Reflexiones...”, *op. cit.*, págs. 347-364.

¹⁴ A esta ponderación alude la clásica expresión romana *damnum decidere oportet* que figuraba en la fórmula de una acción delictual como la *actio furti* (cfr. Gayo 4.37).

¹⁵ Esta expresión jurídica romana es recogida por la jurisprudencia de daños como criterio de lo que suele suceder y, por tanto, es achacable a quien no lo tiene en cuenta, así, p.e., SSTs de 11 de noviembre de 2005 y 22 de febrero de 2007.

que, siguiendo con la anterior analogía modal, pudiéramos denominar *damnum qualificatum*)¹⁶.

De ese *juicio de adecuación* resulta, para el aplicador jurídico, la certeza moral de que, en el caso concreto de que se trate, “debe ser” invertido el régimen ordinario de carga de la prueba y, en su caso, el de imputación de la responsabilidad. Y es precisamente esa conclusión deóntica (de “deber ser”) la que sitúa el parámetro del *daño desproporcionado* entre los correctivos de equidad en la aplicación del *ius strictum* en materia de responsabilidad patrimonial¹⁷.

El fundamento de la aplicación del *ius aequum* en caso de *daño desproporcionado* es que no parece razonable imputar a la víctima la prueba y responsabilidad del daño causado cuando éste supere la magnitud que socialmente se estima asumida por un hombre medio que se ha sometido a la actuación de que se trate, salvo que el dañante ofrezca una cumplida prueba de que el daño se produjo al margen de su esfera de control. Obviamente, esta aplicación de la *aequitas* sólo es posible en el ámbito valorativo que proporciona el juicio de adecuación y comparación entre el *damnum simplex* y el *damnum qualificatum* y de valoración del conjunto de la prueba que está en la base del parámetro jurídico que nos ocupa.

En el fondo, lo que revela este planteamiento es que la doctrina del *daño desproporcionado* se reconduce a un valor fundamental y perenne en el razonamiento jurídico, cual es la *proporción* o equilibrio ponderado que debe mantenerse, en este caso, entre el daño que, por moderado, es tolerable y debe ser asumido por la víctima; y el daño que, por excesivo, es intolerable y debe ser imputado al dañante, salvo que éste proporcione una convincente prueba exoneradora. Este razonamiento de equilibrio luce en algunos dictámenes del CCR, como el D.47/05¹⁸ o el D.109/05¹⁹.

¹⁶ La distinción entre *simplex* y *qualificatum* deriva de los penalistas civiles y canónicos del Derecho intermedio, para distinguir los delitos por su gravedad, de ahí que no repugne su aplicación a los daños, máxime cuando estos eran reputados en Derecho justiniano como obligaciones delictuales o cuasi-delictuales (cfr. Inst. 3.13.3). Cfr. CORBINO, A., *Il damno qualificato e la Lex Aquilia, Corso di diritto romano*, Padova, 2005, págs 151 y ss.

¹⁷ La contraposición entre *ius strictum* y *ius aequum* es también tardía en Derecho romano (cfr. los conocidos fragmentos de Celso (D.1.1.1pr) y Ulpiano (D.1.1.10.pr.1), puesto que, en la época clásica, la moderación del *ius* se operaba sobre todo mediante el *ius honorarium* y, en concreto, por vía pretoria. Por eso, la moderna aplicación de la equidad en materia de daños hay que entenderla más bien derivada de la institucionalización jurisprudencial de la *equity* en la *Common Law*, que, a su vez, la recibió de la elaboración canonística de la *aequitas* como medio de moderación del *rigor iuris* en el caso concreto. Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y derecho canónico.: las raíces canónicas de la "Common Law"*, Madrid, Civitas, 1991.

¹⁸ El D.47/05 mantiene, a la luz los arts. 136 LPAC y 15 RD 1398/1993, que la adopción por la Administración de una medida cautelar en el curso de un procedimiento sancionador: i) ha de estar amparada en una norma; y ii) ha de ajustarse en su intensidad, o sea, ser proporcionada de suerte que no implique sacrificios ni riesgos inútiles, innecesarios o excesivos, en suma, desproporcionados al riesgo creado por el presunto infractor.

¹⁹ El D.109/05 entiende que es desproporcionado valorar el daño por impedimento de acceso rodado a un local en un 60% del valor total del inmueble, pues el citado local comercial, siendo un anexo de la vivienda, ni siquiera resulta el elemento primordial del bien, por lo que el importe de la indemnización

D) Carácter objetivo.

Se advertía al comienzo que el carácter *valorativo* del *daño desproporcionado* no implica que se trate de un criterio de imputación culpabilístico, como parecen pensar quienes sostienen que revela y, en definitiva, reconduce a una pretendida *culpa virtual* del dañante. Por el contrario, el daño material, aunque sea desproporcionado, no constituye un título autónomo y directo de imputación al dañante, sino un mero criterio de inversión de la carga de la prueba, de cuya aportación y valoración, puede resultar incluso la exoneración del mismo²⁰. Por tanto, el criterio del *daño desproporcionado* no altera el carácter *objetivo* que la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene en nuestro Derecho.

La doctrina de la *culpa virtual (faute virtuelle)* deriva del Derecho francés²¹ y expresa la idea de que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se genera más que cuando media una conducta culposa o negligente, el dañante ha de responder salvo que pruebe que la causa lesiva se encuentra al margen de su esfera de actuación.

Pero, en nuestro sistema de responsabilidad objetiva, no es preciso apelar a la *culpa virtual*, ni a la doctrina germánica de la apariencia de prueba (*anscheinsbeweis*)²², ni a la anglosajona de la *carga dinámica de prueba*²³, sino a la propia virtualidad de los parámetros objetivos de inversión de la carga de la prueba y, en su caso, del régimen de imputación de riesgos que pueden deducirse tácitamente del funcionamiento del servicio público, aunque éste haya sido normal.

debe comprender sólo el 10% del valor total del bien, por ser éste, en opinión del Consejo, el perjuicio real sufrido por los reclamantes.

²⁰ La jurisprudencia ha reiterado que el daño desproporcionado se limita a invertir el *onus probandi* y no constituye un título de imputación puesto que admite prueba en contrario, por la que el dañante queda exonerado si demuestra que el daño se produjo al margen de su esfera de actuación y control. Así SSTs de 2-12-96, 29-11-02, 7-4-03, 8-5-03, 20-9-05, 26-5-06, 19-10-07, 10-6-08, 30-6-09, 22-9-10, 20-1-11 y 27-12-11, entre otras. En el mismo sentido, D. 1743/99, del Consejo de Estado, D. 173/07, del Consejo Jurídico Consultivo de la Región de Murcia y D. 214/10, entre otros, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña.

²¹ La antes citada Sentencia de 28 de junio de 1960, de la *Court de Cassation*, es reputada como la introductora en Derecho francés de la doctrina del *daño desproporcionado*, siempre en un marco de imputación culposa.

²² La doctrina de la *anscheinsbeweis* o apariencia probatoria, también denominada prueba *prima facie*, ha sido aplicada en Alemania por el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) desde su precitada Sentencia de 10 de julio de 1956.

²³ La doctrina procesal anglosajona de la *carga dinámica de la prueba, compartición probatoria*, o de la *mayor facilidad probatoria*, consistente en exigir que cada parte aporte aquellas pruebas que está en mejor situación de conseguir, ha sido preconizada en nuestro foro desde la STS de 2 de diciembre de 1996, y tiene ahora su reflejo en el art. 217.6 LEC. Cfr. SSTs 23 de diciembre de 2002 y 14 de febrero de 2007, con cita de todas las anteriores. Así lo ha resaltado el CCR en D.56/08, D.63/08, D.128/08 (con cita de jurisprudencia); D.42/09, D.48/09, D.54/09, D.69/09, D.85/09, D.1/10, D. 27/10 y D.60/11.

El CCR, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia, suele citar conjuntamente estas instituciones de Derecho Comparado, pero no para convertir al *daño desproporcionado* en un vehículo más hacia la imputación de la Administración por culpa, sino únicamente para expresar que es una de las varias técnicas que pueden ser empleadas en estos casos para *amabilizar* a la víctima la prueba del daño excesivo, de su causa y de sus circunstancias, mediante una *inversión de la carga probatoria*, ya que es la Administración quien deberá probar que el daño producido no se ha debido a una causa que estuviera en su esfera de actuación y control; pero ello siempre que el reclamante aporte al menos un *principio de prueba* de la existencia del daño y de que este es consecuencia de un servicio público (cfr. D.56/08, D.63/08, D.128/08, con jurisprudencia, D.42/09, D.48/09, D.54/09, D.69/09, D.85/09, D.1/10, D.27/10, y D.60/11).

En suma, lo que el CCR ha declarado no es que el *daño desproporcionado* encierre o revele una *culpa* de la Administración dañante, sino que el daño excesivo, la culpa virtual y otros parámetros, como el de notoriedad (*res ipsa alloquitur*)²⁴ o el de la mayor facilidad de acceso al material probatorio de una de las partes (arg. ex art. 217.6 LEC), son criterios de *amabilización* de la prueba que el aplicador jurídico puede emplear cuando las circunstancias del caso concreto aconsejen una inversión de la carga de la prueba y, en su caso, exonerar de la misma a la víctima por haber sufrido ésta un daño exorbitante.

Así pues, no es que el daño, cuando sea excesivo, denote un *fumus culpae* del ente público dañante y se convierta así en un factor más de la persistente tendencia a la *subjetivización* de la responsabilidad administrativa²⁵. Lo que sucede es simplemente

²⁴ La expresión latina *res ipsa alloquitur* procede del verbo *alloquor*, que puede traducirse como arengar, interpelar o dirigir una alocución a alguien, es decir, ser muy expresivo para ante los demás; por eso es más acertado su empleo en Derecho de daños que la expresión *res ipsa loquitur*, la cual deriva del verbo *loquor*, que es simplemente hablar.

²⁵ La tendencia a reconducir todos los títulos de imputación a la *culpa* se debe a la pretendida novedad que, en perspectiva diacrónica, supone la responsabilidad *objetiva* frente a la exclusivamente *culposa* del art. 1902 Cc, precepto que se recaba de una antigüedad secular al enlazar con la *Lex Aquilia*. Pero debe resaltarse que el famoso plebiscito romano sólo exigía un daño *iniuria datum* (D.9.2.2. pr.), donde el término *iniuria* (en los textos griegos, *adikía*) no debe traducirse por el mucho más tardío de *culpa*, sino más bien como “*contra ius*”, es decir, como un daño producido “*sin una causa de justificación proporcionada por el ius*”, como la legítima defensa (XII Tablas 8.12-13), el estado de necesidad (D.9.2.49.1) o el ejercicio de un derecho propio o de una actividad lícita (D.9.2.29.7), causa ésta última que excluía a las lesiones deportivas (D.2.9.7.4) y a los daños generados por el poder público (D.9.2.29.7, D.47.10.13.1, D.18.6.13, D.18.6.14). Esto significa: i) que la responsabilidad aquiliana era institución inaplicable a los daños causados en lícito ejercicio del poder público, aunque sí, y directamente, a los cargos públicos que causaran daños a particulares excediéndose de sus atribuciones, pues entonces tales daños carecían de causa de justificación (Nov.8.6.9 y 8.6.14); y ii) que, respecto a los daños privados, se trataba de una responsabilidad más bien objetiva, puesto que el concepto de *culpa*, esto es, de *dannum culpa datum*, solo aparece tardíamente cuando se considera moralmente reprobable producir un daño sin una causa que lo justifique (D.44.7.34.pr, D.47.6.1.2, D.47.10.1.pr, D.47.10.15.46). Además, debe tenerse en cuenta que la *Lex Aquilia* sólo se refería a daños causados a esclavos, animales o cosas, por lo que no era aplicable a daños personales inferidos a una persona libre, los cuales se reputaban inestimables, por lo que sólo eran susceptibles de castigo o compensación por vía penal (D.9.1.3, D.9.3.1.5.3). Cfr. RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P., “Regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial del daño

que, como ha subrayado el CCR en los precitados dictámenes, el *daño desproporcionado* es uno de los varios parámetros de los que puede valerse el aplicador jurídico para la *amabilización* de la prueba mediante la inversión del *onus probandi* y, en su caso, esto es, en función de lo que resulte de dicha prueba, para la imputación o no del daño a la Administración causante del mismo. Pero la aplicación del criterio del *daño desproporcionado* no convierte en subjetiva y culposa, ni siquiera virtualmente, una responsabilidad que, como la patrimonial de la Administración, es y sigue siendo objetiva en nuestro ordenamiento jurídico.

E) Carácter probatorio.

El parámetro del *daño desproporcionado* debe ser situado, por consiguiente, en el ámbito de la *prueba* (de la causa, del daño y de la enormidad de éste), concretamente como una *iusta causa* determinante de la inversión del *onus probandi*; y no debe ser ubicado en el ámbito de la *antijuridicidad* ni, en general, en el de la *imputación o exoneración*, puesto que ello haría supuesto de la cuestión, ya que precisamente lo que se trata se conseguir con la inversión de la carga de la prueba en caso de *daño desproporcionado* es que el aplicador jurídico pueda valorar la prueba que se realice para determinar si el dañante ha demostrado suficientemente o no que el daño excesivo se ha generado fuera de su ámbito de actuación y, en función de ello, proceder a la exoneración o imputación que corresponda.

En otras palabras, el *daño desproporcionado*, como ha reiterado la jurisprudencia²⁶, no es título de imputación, o, si se prefiere, es sólo título de imputación “de la carga de la prueba”, pero no necesaria ni directamente “de la responsabilidad”. Por ello, el *daño desproporcionado* no debe ser convertido en un recipiente apto para acoger acriticamente cualquier institución que el Derecho Comparado ofrezca para la inversión de la carga de la prueba y del régimen de imputación de riesgos, pues con ello se corre el peligro de confusión entre dos elementos que el CCR (cfr., por todos, D. 29/07 y D.134/07), siempre se ha preocupado de diferenciar: la *causalidad*, que es siempre una cuestión a probar según las reglas de la lógica formal y de las ciencias naturales, y la *imputación*, que es siempre una cuestión jurídica a dilucidar con los criterios que el ordenamiento ofrece al aplicador en función de la prueba practicada y valorada²⁷.

aquiliano en Roma: aspectos generales de una experiencia histórica”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 15, 2001, 647-670.

²⁶ Cfr., p.e., SSTS de 10 de junio de 2008 y 20 de enero de 2011, entre otras.

²⁷ La distinción entre *causalidad e imputación* en función de la prueba es uno de los grandes logros de la jurisprudencia romana que no debemos perder. Su origen suele cifrarse en un conocido texto del jurista tardo-republicano Alfeno Varo recogido en D.9.2.52.2 (y, en versión griega, en *Basilícos* 60.3.52.2) que, a propósito de un accidente de tráfico (ocurrido en Roma cuando un carro que remontaba la cuesta del Campidoglio comenzó a retroceder, se deslizó por la pendiente e impactó con otro carro que le seguía, el cual aplastó a un esclavo que lo empujaba por detrás), analiza el nexo de causalidad en función de la prueba y distingue, con suma *elegantia iuris*, cómo el daño no puede imputarse al mulero del segundo carro, pese a ser éste la causa directa del daño, por haber sido un mero instrumento pasivo de la acción; sino que la causa ha de encontrarse en el primer carro, si bien, en orden a la imputación, habría que atribuirle: i) al mulero, si se prueba que no hizo todo lo posible para evitar el deslizamiento del carro (criterio de imputación a título de culpa); ii) al dueño de las mulas, si se demuestra que éstas se

La ubicación del *daño desproporcionado* en el ámbito probatorio y no en el de la imputación de la responsabilidad implica necesariamente que admita prueba en contrario, o, en rigor, que, apreciada en un caso concreto la concurrencia de *daño desproporcionado* y producida, en virtud del mismo, la inversión del *onus probandi*, el dañante pueda probar que el daño excesivo se produjo al margen de su esfera de actuación y quedar así exonerado de responsabilidad.

Ahora bien, este efecto ha generado el espejismo jurídico de entender el *daño desproporcionado* como hecho-indicio de una *presunción iuris tantum* de culpabilidad y, por tanto, como un criterio que, en definitiva, redundaría en una imputación de responsabilidad, aunque sea provisional (*culpa praesumpta*). El argumento esgrimido al efecto estriba en que, si es cierto que el daño ha sido excesivo y que normalmente no suele serlo en la actuación de que se trate (hecho conocido), de ello puede deducirse (hecho desconocido) su imputación al causante del daño, salvo prueba en contra.

Pero concebir el *daño desproporcionado* como una presunción no es jurídicamente adecuado, ya que no se trata de un *medio de prueba* consistente en que, como establece el art. 386 LEC (sucesor del antiguo art. 1249 Cc), de un hecho conocido (hecho-indicio) se infiera otro desconocido (hecho presunto) con el que guarde conexión según las reglas del criterio humano, de suerte que, en expresión del canon 1825.1 CIC'83, se pueda fundar en el mismo una conjetura probable (*probabilis coniectura*). Por el contrario, en los casos de *daño desproporcionado*, la desproporción del daño no es un hecho que haya de presumirse, sino perfectamente conocido desde el comienzo e incluso cualificado con una evidencia notoria.

Desechado, pues, que el *daño desproporcionado* pueda consistir en una *presunción*, cabría preguntarse si no será una *ficción jurídica* que fundamentaría una *culpa ficta*; pero la respuesta ha de ser también negativa. En primer lugar, porque admite prueba en contrario, cosa que no es posible en las ficciones jurídicas al ser declaraciones legales imperativas. En segundo lugar, porque, con arreglo a la clásica definición de Bártolo de la *fictio iuris* como *assumptio, contra veritatem sed pro veritate, a iure facta in re certa de eius quod est possibile*²⁸, la ficción jurídica es siempre un acto de *potestas*, vedado a los aplicadores del Derecho, es decir, requiere siempre una declaración legal expresa que, como sucede en las presunciones *iuris et de iure*, dispone imperativamente, por motivos de justicia o seguridad jurídica, tener por cierto algo que lo que no es, pero que bien podría serlo por situarse en línea con la verdad, es decir, por ser verosímil. Sin embargo, el *daño desproporcionado* no es una creación del legislador ni viene impuesta por un órgano revestido de *imperium*, sino que consiste en un mero criterio jurídico razonable emanado de la jurisprudencia y de la doctrina que, como aplicadores del Derecho, no son fuentes formales del mismo, sino

espantaron y el mulero no pudo sujetarlas (criterio de imputación a título de responsabilidad por actos de personas dependientes); y iii) a nadie, si resulta probado que el carro comenzó a deslizarse por resbalón de las mulas u otro evento inevitable (criterios de exoneración por caso fortuito o fuerza mayor).

²⁸ Bártolo, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, n. 21, en *Commentaria [Consilia quaestiones et Tractatus]... [III]. Commentaria in primam (secundam) Digesti novi partem...*, Lyon, 1550.

meras instancias de *auctoritas* y, por tanto, carentes de poder para imponer ficciones jurídicas.

También se ha pensado que, si el *daño desproporcionado* no es una presunción ni una ficción jurídica, pueda consistir en un mero criterio jurídico (*argumentum iuris*) y, concretamente, en un *razonamiento lógico a sensu contrario*, por el que, salvo prueba en contrario, si debe exonerarse de responsabilidad patrimonial a quien produce unos efectos lesivos, que han sido asumidos por el dañado en cuanto que normalmente pueden derivarse de la actuación realizada; el causante de los mismos debe ser imputado y responder patrimonialmente de ellos cuando sean de tal entidad que no puedan calificarse razonablemente como consecuencias normales de la actuación realizada ni como asumidos previamente por el dañado.

Todas estas construcciones (la presunción, la ficción, la argumentación *a contrario sensu*) revelan que el *daño desproporcionado* implica un pre-juicio, esto es, un juicio previo y provisional que es el que opera como justificante (*iusta causa*) de la inversión de la carga de prueba; pero encierran el peligro de extraer al *daño desproporcionado* del ámbito probatorio que le es propio para intentar situarlo en el de la imputación de responsabilidad, como si ésta quedase provisionalmente predeterminada, a reserva de la prueba en contra que pueda presentar el dañante para exonerarse.

Lo que sucede, en rigor, es que el *daño desproporcionado*, como es inherente a la dinámica del *onus probandi*, despliega su eficacia de manera bifásica: i) en un primer momento, el aplicador jurídico se limita a apreciar la desproporción del daño, y lo hace en base a un mero *principio de prueba* aportado por el reclamante (como exige el CCR en D.128/08 o en D.42/09, entre otros) y que es apreciado de una manera casi intuitiva (de ahí que se hable de prueba por notoriedad, *prima facie* o meramente aparental); y, en base a esa apreciación, decide la inversión de la carga probatoria, por lo que el efecto jurídico del *daño desproporcionado* se concreta entonces en determinar quién debe probar la causa y circunstancias del daño; y ii) en un segundo momento, el *daño desproporcionado* genera la eficacia jurídica propia del *onus probandi*, que no es ya determinar a quién incumbe probar, si no quién debe soportar los efectos de la falta de prueba, cuando la procedente no se haya practicado o la practicada sea insuficiente.

Es esta última virtualidad eventualmente imputadora que resulta inherente a toda carga de prueba la que impele a reconducir el *daño desproporcionado* hacia el ámbito de la imputación, tratando de explicarlo como un *titulus responsabilitatis imputandi* construido técnicamente como una presunción, una ficción o una argumentación jurídica *a sensu contrario*; cuando, en rigor, el *daño desproporcionado* es simplemente la *iusta causa* que fundamenta la aplicación del régimen de inversión de la carga de la prueba, sin que ello implique necesariamente una imputación, como lo demuestra que el dañante puede quedar exonerado probando que el daño desmesurado se produjo al margen de su ámbito de actuación, esto es, que el daño y su desproporcionada magnitud se debe a una interferencia en el nexo causal producida por la propia víctima (por ejemplo, por su idiosincrasia, cfr. D.130/08, D.55/09, D.46/07, entre otros), por un tercero (D.84/07) o por un caso fortuito o fuerza mayor (D.14/05, D.53/09) que

eliminen o moderen la responsabilidad que, en principio, correspondería imputar a dicho causante con arreglo al criterio del *daño desproporcionado*²⁹.

F) Carácter secundario.

El CCR ha insistido mucho en la necesidad de un análisis ordenado de los distintos parámetros de la responsabilidad patrimonial (cfr., especialmente D.29/07 y D. 134/07, con amplia cita de doctrina consultiva previa al respecto). Por eso, conviene aclarar que el *daño desproporcionado*, aunque, desde una óptica sustantiva o material, opere en el ámbito de la prueba y concretamente de su apreciación; desde una óptica procedimental o procesal, no despliega su eficacia en la fase probatoria del procedimiento sino en la decisoria, es decir: i) en vía administrativa, cuando haya de adoptarse la propuesta de resolución, el informe jurídico y el preceptivo dictamen consultivo que precede inmediatamente a la resolución de la reclamación; y ii) en vía judicial, cuando haya de dictarse la sentencia sobre el fondo del asunto.

Es entonces cuando, fijada la relación de causalidad, el *daño desproporcionado*, puede convertirse indirectamente, merced a la dinámica propia de la carga de la prueba, en un eventual título de imputación de responsabilidad si, en criterio del aplicador jurídico, el dañante no se ha exonerado probando suficientemente que los acontecimientos se han desarrollado al margen de su intervención en ellos o sólo lo ha probado de una manera parcial.

Es cierto que la jurisprudencia antes citada ha insistido mucho en que el *daño desproporcionado* no es título de imputación de la responsabilidad, ya que la carga de prueba que comporta admite una probanza exoneratoria en contra, pero no menos cierto es que la virtualidad de todo *onus probandi* estriba precisamente en la posibilidad de imputar la responsabilidad a quien, estando obligado a probar, no lo hizo o lo hizo de forma insuficiente.

Es precisamente esa funcionalidad de la carga de prueba la que permite que el *daño desproporcionado* pueda comportarse como eventual título de imputación de responsabilidad. Esa eventualidad es la que quiere resaltar la jurisprudencia cuando subraya que el *daño desproporcionado* admite prueba en contra y que de la misma puede derivarse tanto la exoneración como la imputación del dañante.

Eso significa que el *daño desproporcionado* no es título *primario* de imputación que opere *ex ante* y de manera autónoma con respecto a la prueba, como una especie de *a priori* inculpatorio del dañante impuesto por la enormidad del daño. Pero indica que el *daño desproporcionado* constituye un título *derivativo* de imputación o exoneración que opera *ex post* y vinculado a la prueba y, sobre todo, a los efectos jurídicos del *onus probandi*, traducándose, siempre *a posteriori*, en un criterio de exoneración o imputación del dañante, según la valoración que el aplicador jurídico haga de la prueba practicada.

²⁹ Esta doctrina tiene base en la jurisprudencia (cfr. SSTS 2-12-96, 29-11-02, 7-4-03, 8-5-03, 20-9-05, 26-5-06, 10-6-08 y 20-1-11, entre otras).

Este carácter *secundario* o *segundo* del *daño desproporcionado* es puesto de manifiesto por el CCR cuando afirma que cada parte ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión y los hechos impositivos de la contraria (D.36/07, D.5/09, D.53/09, entre otros). Ello implica que la víctima siempre ha de probar, en un primer momento, el daño y la excesiva magnitud del mismo respecto a lo que cabría esperar en un desarrollo normal de los procesos causales ordinarios. Pues bien, sólo en un segundo momento, esto es, cuando dicha prueba prioritaria ya ha sido practicada, es cuando el *daño desproporcionado* así establecido, provoca la inversión del *onus probandi*, de suerte que será el causante de la magnitud del daño quien deberá probar que la misma no se debe a su propia actuación, sino a la víctima, a un tercero, o a un suceso fortuito o de fuerza mayor (cfr. D. 56/08, D. 128/08, con cita de jurisprudencia, y D.1/10, entre otros).

Obviamente, el carácter *secundario* o *segundo* que el criterio del *daño desproporcionado* tiene en la lógica jurídica del sistema en que la responsabilidad patrimonial consiste, no significa que encierre una importancia menor que otros parámetros del mismo, ya que precisamente su virtualidad estriba nada menos que en una eventual inversión del régimen de carga de la prueba y de la imputación de la responsabilidad, es decir, en los aspectos más trascendentales para la decisión del asunto.

3. Relación con la doctrina del riesgo asumido.

Todo lo anterior denota que, desde una perspectiva metodológica, la red de conceptos aludida al comienzo y en la que se ubica el criterio del *daño desproporcionado*, conforma un verdadero sistema de lógica deóntica que sólo funciona adecuadamente si los distintos elementos que lo componen son analizados con el orden que les corresponde, considerando las limitaciones que unos suponen para con los otros y poniendo a todos ellos en tensión de lograr el objetivo de una justa imputación de las consecuencias lesivas que la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración persigue por imperativo constitucional.

De ahí que la doctrina consultiva del CCR sobre el *daño desproporcionado* no pueda entenderse de forma adecuada sin una alusión a otro parámetro jurídico en el que se apoya y al que limita, matiza y corrige, cual es la doctrina que podemos denominar del *riesgo asumido*.

Con base en los pronunciamientos del CCR, entendemos por *riesgo asumido* aquel parámetro de imputación de responsabilidad patrimonial a cuyo tenor el daño causado debe ser asumido por quien se ha sometido, voluntaria o espontáneamente, a un ámbito de actuación en el que se considera como acaecimiento potencialmente ordinario la actualización en siniestro del riesgo que dicho sometimiento comporta, siempre que las consecuencias lesivas del mismo no excedan de las normalmente previsibles.

Es de precisar que la asunción del riesgo puede ser *expresa*, como sucede, siempre que la precede una advertencia o información clara y comprensible para el afectado de las posibles consecuencias lesivas (así ocurre en el ámbito sanitario con el *consentimiento informado* requerido a los pacientes que van a someterse a una

intervención quirúrgica). Pero dicha asunción de riesgo también puede ser *tácita*, como sucede en el discurrir normal de la vida cada vez que se realiza un acto humano en un contexto conocido de riesgos, como es deambular por la calle, acudir a un espectáculo público o asistir como alumno a un centro docente.

Por ello, la doctrina consultiva del CCR suele acudir al parámetro del *riesgo asumido* en dos formas principales: el *riesgo general de la vida* y el *riesgo típico objeto de un previo consentimiento informado*. En ambas juega el *daño desproporcionado* como criterio de limitación.

A) El riesgo general de la vida y su limitación por daño excesivo.

La primera de las especies del género que hemos denominado *riesgo asumido* es el *riesgo general de la vida*, que podemos concebir como aquel parámetro jurídico por el que un daño no puede ser imputado a la Administración causante del mismo, sino que ha de ser soportado por el damnificado, cuando el siniestro correspondiente se haya producido en un ámbito de riesgo que, en el criterio de un ciudadano medio, se considera tácitamente aceptado por quienes participan en el mismo, siempre que el daño producido se mueva en unos límites de moderación que socialmente se reputan también preasumidos por quienes intervienen en dicho ámbito en iguales circunstancias (D.26/12).

Desde luego, este criterio negativo de imputación de responsabilidad no está expresamente establecido por la ley, pero se infiere de nuestro global sistema de responsabilidad extracontractual y es empleado por la jurisprudencia y la doctrina consultiva, si bien ahora sólo se expondrá la emanada del CCR³⁰.

La razón que lo fundamenta estriba en que implica un razonamiento de sentido común, por el que quien participa voluntaria o espontáneamente en un ámbito de actuación social que es reputado, por el buen criterio de un ciudadano corriente, como posiblemente productor de ciertos riesgos, no puede quedar exonerado de la actualización de uno de esos riesgos en siniestro dañoso, precisamente porque la experiencia ordinaria de la vida de un hombre medio enseña que ese siniestro, cuando sus efectos lesivos son moderados, forma parte del conjunto de eventos que normalmente podían producirse al participar sin coacción en el ámbito de actuación social que conlleva dicho riesgo y que presuntamente se han representado los participantes. Por eso, señala el D.26/12 que la aplicación del *riesgo general de la vida*, como criterio de exoneración de responsabilidad, evita responder de los sucesos dañosos que acompañan naturalmente al ordinario o normal existir del ser humano, pues se considera que, en tal caso, el daño es un evento propio del ordinario discurrir de la vida humana.

Al aplicar el *riesgo general de la vida*, la doctrina consultiva suele resaltar más el carácter que tiene como criterio negativo o de *exoneración* de la responsabilidad de la

³⁰ Sobre la posibilidad de inferir de la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial diversos criterios de imputación, cfr., p.e., D.41/99, D.6/08 y D. 47/10, que admiten la existencia de criterios de imputación *expresos* (como el de ser el daño consecuencia del funcionamiento de un servicio público) y *tácitos* (como el del *riesgo general de la vida* o el de *estándar de los servicios*, entre otros).

Administración en cuyo ámbito de actuación se ha producido el daño (D.8/05), que el correlativo carácter, que obviamente también tiene, como criterio positivo o de *imputación* de la responsabilidad del daño al que lo parece (D.14/09). Pero, como advierte el precitado D.26/12, ello sólo sucede en aquellos hechos dañosos en que el perjudicado tiene el deber natural y social, ya que no propiamente jurídico (pues no podría decirse con carácter general que su conducta sea antijurídica), de asumir ese daño moderado como una incidencia normal y esperable en el natural acontecer de su existencia.

El CCR ha aplicado el criterio del *riesgo general de la vida* con profusión para exonerar a la Administración educativa de las consecuencias indemnizatorias de ciertos pequeños daños ocurridos accidentalmente en el ámbito escolar y ligados a un acontecer normal de las actividades educativas en centros docentes públicos (D.53/03), tales como roturas de gafas o pequeñas lesiones por balonazos y otros eventos fortuitos semejantes (D.69/04) en los que no se aprecia intencionalidad del agente, negligencia en los cuidadores (los D.32/03 y D.24/04 emplean como calibre la normal que hubieran empleado los padres), ni defectos de organización en las actividades escolares (D.103/04), pero ponderando siempre que la víctima tenga una autonomía motora y una edad suficiente para apreciar el riesgo (D.53/02), y que la actividad realizada carezca de una especial peligrosidad (D.43/04), sobre todo si ésta ha sido advertida previa y expresamente (D.103/04).

En concreto, el CCR ha aplicado este criterio para exonerar a la Administración pública en casos de resbalones fortuitos (D.25/05), encontronazos casuales (D.27/03, D.51/05, D.16/11), rotura de gafas por golpes ocasionales (D.11/03, D.16/03, D.63/03, D.31/04, D.40/04, D.59/05; D.43/06, D.59/05), lesiones y daños leves en clase de Educación Física (D.19/03, D.26/03, D.51/03, D.59/03, D.87/03, D.31/04, D.49/04, D.52/04, D.66/04, D.8/05 y 78/05), daños dentales por caídas fortuitas (D.27/03, D.32/03, D.59/03, D. 8/04, D.42/04, D.52/04, D.69/04, D.70/04, D.74/04, D.25/05, D.78/05), pequeños traumatismos en el transcurso de actividades escolares (D. 52/03, D.103/04) y accidentes leves durante los tiempos de recreo (D.32/03, D.08/04, D.19/03, D.27/03, D.87/03, D.40/04, D.48/04, D.49/04, D.66/04, D.25/05, D.51/05).

Fuera de la Administración docente, el CCR también ha aplicado el criterio del *riesgo general de la vida* en ámbitos administrativos en los que se presume que el dañado ha asumido el riesgo inherente a la actividad que produce el daño. Es el caso del D.14/09 (empleada pública que resbala al entrar en su centro de trabajo), del D.4/11 (ciudadana que resbala con las piedrecitas de un jardín ornamental público), o del D.26/12 (persona que tropieza por descuido con una alcantarilla).

Además, como señaló el D.8/00, la aplicación de este criterio no deja de ser, en un sistema de responsabilidad objetiva, como es la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, una *excepción* a la regla general y, por eso, requiere la clara constancia de que, en la percepción común, el suceso es tenido generalmente como normal u ordinario, esto es, como un evento inevitable, puramente casual y de efectos lesivos moderados que, por ello mismo, ha de ser soportado por la propia víctima.

Por todo ello, el CCR ha precisado que la concurrencia de este criterio ha de valorarse caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes tanto objetivas como subjetivas (D. 97/04, D.53/03, D.26/12), incluida la *entidad* del daño (D.97/04, D.53/03), pues, como se ha expuesto, el CCR insiste en que el daño imputable por *riesgo general de la vida* ha de ser necesariamente *moderado*.

De ahí que el CCR no haya aplicado el criterio del *riesgo general de la vida* en casos de menores de corta edad (D.4/04, D.24/04) o minusválidos (D.45/06), daños producidos en ejercicios gimnásticos peligrosos (D.43/04, D.115/08), resbalón por falta de señalización de pavimento deslizante (D.97/04), agresiones intencionales (D. 30/03, D.62/04), desórdenes producidos en tiempo y espacio escolar (D.52/03, D.53/03, D.43/06, D.52/06, D.111/08), actividades realizadas fuera del centro escolar (D.11/03), y daños causados desde dentro del centro escolar a terceros situados fuera del mismo (D.17/03, D.63/03, D.30/05) ³¹.

Estas matizaciones apuntan claramente a que las doctrinas del *funcionamiento anormal* del servicio educativo y del *daño desproporcionado* constituyen límites del parámetro de imputación en que el *riesgo general de la vida* consiste.

En efecto, el criterio del *riesgo general de la vida*, es un concepto jurídico indeterminado que, al constituir un parámetro derivado del sentido común socialmente entendido, no puede extender sus efectos exoneradores o imputadores de responsabilidad cuando el daño generado por el siniestro excede de lo que un hombre medio puede considerar asumible en el ámbito de actividades sociales en las que se ha producido el evento dañoso. Y es entonces cuando surge, como elemento moderador o de corrección, la doctrina del *daño desproporcionado*.

En este ámbito, podemos, pues, concebir el *daño desproporcionado*, como el parámetro jurídico corrector de la doctrina del *riesgo general de la vida*, por la que ésta no resulta aplicable y, en consecuencia, procede imputar un daño a la Administración causante del mismo, cuando su entidad sobrepasa, en el sentir de un hombre medio, la cuantía que el damnificado debe soportar como *riesgo general de la vida* al participar voluntaria o espontáneamente en el ámbito de actividad social en que se ha generado el siniestro.

³¹ El D.30/05 imputa responsabilidad a la Administración docente en el caso de un motorista que circulaba normalmente por la vía pública y recibe un balonazo procedente de un centro escolar público que le derriba y causa daños personales y materiales. Estos eventos no son nuevos; ya Ulpiano, en D. 9.2.11, pr, recoge la opinión de diversos juristas sobre la curiosa hipótesis de la muerte de un esclavo a consecuencia del corte en la garganta que le produce el barbero cuando que le afeitaba en una plaza y recibió en el brazo un pelotazo procedente de jugadores cercanos. Para Pomponio Mela, el responsable es quien golpeó la pelota; Próculo, sin embargo, imputaba al barbero por trabajar en un lugar público de riesgo notorio y asumido; Ulpiano, sigue esta última opinión pero añadiendo la responsabilidad del propio esclavo que también conocía y asumió el riesgo. Este famoso fragmento suele ser reputado el origen de la llamada *conurrencia de culpas*, que (cuando no es un caso de *conurrencia de causas*, con el que frecuentemente suele confundirse), ha de resolverse mediante un juicio de prevalencia y proporcionada distribución de la responsabilidad. Cfr. RODRÍGUEZ MONTERO, R., “Regulación jurídica...”, *op. cit.*, págs. 666 y 667.

Así pues, si por el *riesgo general de la vida* procede imputar daños ordinarios a quien los padece, la doctrina del *daño desproporcionado* le exonera de los mismos cuando éstos son notoriamente superiores a los que pueden reputarse normales por concurrir determinadas circunstancias que los cualifican o hacen imposible, difícil o muy cuantiosa su reparación. Así lo expresa el CCR en su D.18/10 afirmando que es objetivamente imputable a la Administración sanitaria el daño cuando excede del habitual en una intervención quirúrgica que normalmente no presenta complicaciones y, sin embargo, en el caso concreto, puso en peligro la vida del paciente.

El *daño desproporcionado* es, pues, en la doctrina del CCR, un criterio corrector o moderador de la doctrina del *riesgo general de la vida* y, siendo éste un claro concepto jurídico indeterminado, opera como límite del que académicamente se conoce como *halo del concepto*, esto es, un punto cuantitativo o cualitativo de intensidad del daño producido a partir del cual éste se reputa excesivo con respecto a lo que un hombre medio consideraría normal en el ámbito de riesgo correspondiente, de suerte que, superado ese límite, se invierte el sistema de imputación, quedando exonerado el dañado y responsabilizado el dañante, o más precisamente, la Administración gestora del servicio público en cuyo marco se ha generado el daño.

Por ello, el CCR no ha aplicado el criterio del *riesgo general de la vida* en casos de *daños excesivos*, como el caso del D.53/03 (fractura naso-etmoidal por lesión involuntaria en actividad extraescolar), el del D.52/06 (rotura inculpable del violín de una alumna por un Profesor del Conservatorio que se lo había pedido para hacer una demostración en clase) o el del D. 115/08 (riesgo asumido por el Centro educativo al hacerlo objeto de una actividad extraescolar específica en horario lectivo que conlleva cierto peligro para practicantes inexpertos, como el patinaje sobre hielo).

B) Los riesgos típicos y su moderación caso de daños excesivos.

La idea de inversión del régimen de riesgos aparece también cuando se aplica el *daño desproporcionado* como criterio corrector de la exoneración por *riesgos típicos*, hasta el punto de que la jurisprudencia sobre responsabilidad sanitaria suele considerar al *daño desproporcionado* como el reverso de la doctrina de los *riesgos típicos*³².

El *riesgo típico* es una modalidad del género que hemos denominado *riesgo asumido* que aparece cuando, en una determinada actividad humana sujeta a precisas pautas o protocolos de actuación científica, técnica o profesional (*lex artis*)³³, como, por antonomasia, sucede en la Medicina, quien se somete a la misma (*sujeto paciente o usuario pasivo*) es informado, previa, clara, expresamente y de manera que le resulte personalmente comprensible (*información específica*), de la existencia de ciertos eventos potencialmente dañosos (*riesgos inherentes a la intervención*) que están

³² Cfr. SSTs de 20/06/06, 23/05/07, 08/11/07 y 23/10/08.

³³ La exclusión de responsabilidad por observancia estricta de la *lex artis* tiene también su origen en Derecho romano donde varios fragmentos del CIC se refieren a daños ocasionados por mala praxis médica (D.9.2.27.9, D.7.1.13.2) o durante prácticas deportivas en las que se observan las *reglas del juego*, así un caso de daños en el juego de la pelota es recogido por los juristas bizantinos en *Basilicos* 60.3.52.4 y extrapolado a casos semejantes en los Escolios 11 y 15 a *Basilicos* 60.3.7.

descritos en los protocolos aplicables (*tipificación*) y que deben ser conocidos y aceptados (*consentimiento informado*), en atención al derecho del paciente a su propia autonomía, ya que pueden acaecer aunque la actuación profesional se ajuste estrictamente a las exigencias técnicas o científicas exigidas en el caso concreto (*lex artis ad hoc*), debido a la morbilidad y mortalidad inherentes a la naturaleza humana, características éstas que imponen que las prestaciones sanitarias sean necesariamente de medios y no de resultados, ya que no puede racionalmente exigirse a la Administración asistencial que asegure siempre la curación de los pacientes.

Varios son, pues, los elementos que confluyen en la prefiguración del parámetro denominado *riesgo típico* y, entre ellos, destacan: el ámbito profesional de actuación (D.50/07), la tipificación científica o profesional del riesgo (D.15/08), el consentimiento informado recaído al respecto (D.16/09, D.90/09), la estricta observancia de la *lex artis ad hoc* (D.111/07, D. 12/09, D.16/09, D.37/09, entre otros) y, pese a todo ello, la lamentable actualización en daño del riesgo típico previsto.

Un reciente D.25/12 aprecia *riesgo típico* en el ámbito de Administración prestadora de servicios sociales³⁴, pero normalmente este parámetro aparece en el ámbito de la responsabilidad sanitaria para calificar ciertas secuelas derivadas de intervenciones quirúrgicas, de cuya responsabilidad patrimonial procede exonerar a la Administración cuando la intervención se ha realizado conforme a la *lex artis ad hoc* y el *riesgo típico* ha sido objeto de un previo consentimiento informado (D.50/07, D.15/08).

Sin embargo, la doctrina de la exoneración por *riesgo típico* decae ante la imputación procedente por *daño desproporcionado*, que opera así como criterio de excepción, límite, corrección o moderación de aquélla, tal y como ha declarado en CCR, por ejemplo, en el D.37/07 (perforación de tabique nasal por empleo prolongado de un aerosol de calcitonina); en el D.63/08 (punción pleural que lesiona el bazo); o en el D.19/11 (parto distócico en el que, tras practicar correctamente la maniobra de Kristeller, se produce un importante desgarró vaginal que es suturado por una Matrona residente, todo ello sin pruebas de mala praxis, pero provocando un post-parto con tales dolores y molestias que incluso impide defecar, de suerte que ha de procederse al descosido, desbridación, nueva suturación e incluso reconstrucción plástica de la zona perineal y vaginal).

Del mismo modo, la doctrina de la exoneración por previo *consentimiento informado* decae ante la imputación por *daño desproporcionado*, pues, como señala el CCR en su D.12/04, el *consentimiento informado* no actúa como título que justifique cualquier daño, sino tan solo aquellos que no resulten extraños o ajenos al acto clínico realizado pues aquellos daños absolutamente desproporcionados y extraños al tipo de

³⁴ El D.25/12 versa sobre el caso de una usuaria de servicios sociales, obesa, laxa y con pies equinos, que sufre lesiones en las piernas al deslizarse en la silla de ruedas destinada a su higiene personal durante su traslado a ella mediante una grúa geriátrica, sin prueba de mala praxis en las Auxiliares que la ayudaban. El CCR exonera de responsabilidad a la Administración al considerar el incidente un *riesgo típico* de la operación higiénica realizada conforme al estándar ordinario de prestación del servicio social correspondiente.

intervención llevada a cabo sobre el paciente no deben ser soportados jurídicamente por éste, y ello, pese a que haya sido informado y haya autorizado los mismos.

=====