

# Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho

En especial, del Derecho de daños

## Gabriel Doménech Pascual

Profesor de Derecho Administrativo  
Universitat de València

### *Abstract*

*El análisis económico del Derecho (AED) estudia los fenómenos jurídicos sirviéndose de las teorías y las herramientas metodológicas proporcionadas por la economía. El AED puede cumplir una función normativa (señalar qué decisiones jurídicas deberían adoptarse con el fin de maximizar ciertas preferencias), una función predictiva (determinar las consecuencias sociales que pueden tener las decisiones jurídicas) y una función explicativa (poner de manifiesto los factores que determinan la forma y el contenido las decisiones jurídicas). El AED ha recibido innumerables críticas. En este trabajo consideramos y tratamos de refutar, en la medida en que lo merezcan, aquellas que impugnan su valor explicativo en general y del Derecho de daños en particular, que es el ámbito jurídico donde esta cuestión se ha discutido más profusa e intensamente. En particular, ponemos de relieve que el AED ofrece explicaciones del Derecho de daños realmente practicado más exactas, amplias, simples, fecundas, unificadoras y coherentes que las propuestas por otras teorías alternativas, como la de la «justicia correctiva».*

*Law and Economics (L&E) applies the tools of economic theory to the analysis of legal rules and institutions. L&E can have a normative function (i.e. show which legal decisions ought to be made in order to maximize certain preferences), a predictive function (i.e. determine the social consequences legal decisions might have), and an explanatory function (i.e. show the causal factors determining both the form and the content of legal decisions). L&E has been heavily criticized. Taking Tort law as an illustrative example, this paper reviews and tries to refute scholarly opinions challenging the explanatory power of L&E. We show that L&E actually explains several Tort law rules and principles in a more accurate, comprehensive, simple, fruitful, unifying and consistent way than other alternative theories, such as that of "corrective justice".*

*Title:* On the explanatory power of the economic analysis of law (in particular, tort law)

*Keywords:* Tort law; law and economics; corrective justice; causation; negligence; strict liability; State liability.

*Palabras clave:* Derecho de daños; análisis económico del Derecho; responsabilidad civil; negligencia; relación de causalidad; justicia correctiva; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

---

\* Este artículo constituye una versión de mi contribución al libro «Sobre los fundamentos del Derecho privado» (ed. Palestra) dirigido por los profesores Juan Antonio García Amado y Diego Papayannis, a quienes agradezco enormemente que me invitaran a participar en dicha obra colectiva y me hayan permitido publicar de manera separada este texto. También agradezco sus críticas y las formuladas por Felipe Jiménez, Raúl Letelier, Daniel Vallés, Hugo Acciarri, Renzo Saavedra, Brigitte Leal y dos revisores anónimos. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

## *Sumario*

1. Introducción
2. La negación del valor explicativo del AED
3. Cualidades deseables de una teoría científica explicativa
4. El AED suele explicar más exactamente el Derecho realmente practicado que otras teorías alternativas. Algunos ejemplos
  - 4.1. Concepto de negligencia
  - 4.2. Responsabilidad civil objetiva
  - 4.3. Responsabilidad civil por el hecho de otro
  - 4.4. La estructura bilateral y correlativa del Derecho de daños
  - 4.5. La relación de causalidad
    - a. La relación de causalidad no es irrelevante desde un punto de vista económico
    - b. El AED explica mejor el papel real de la relación de causalidad que las «teorías y categorías empleadas usualmente en el discurso del Derecho de daños»
  - 4.6. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español
  - 4.7. Responsabilidad civil de autoridades y empleados públicos por los daños ocasionados negligentemente en el desempeño de sus funciones
5. Amplitud, simplicidad, poder unificador y coherencia (interna y externa) de las explicaciones ofrecidas por el AED
6. Explicación del poder explicativo del AED
  - 6.1. ¿Gusto de los jueces por la eficiencia?
  - 6.2. Excurso: la eficiencia de las conductas humanas (y no humanas) en ámbitos distintos del jurídico
  - 6.3. Explicaciones evolutivas
7. El problema del punto de vista interno
8. Importancia del conocimiento y la utilización explícita del AED por los operadores jurídicos
9. Bibliografía citada
10. Tabla de jurisprudencia citada

«Biologists don't know what is in the mind of animals. They observe behavior and interpret it. If male sea lions fight with each other just before breeding time, biologists conclude that they fight for "breeding rights". Sea lions don't know the word "breeding right". They may even not realize why they are fighting. This does not make the biological theory unscientific. Scientists have a right to describe behavior using other words than the study object uses himself» (Gerrit DE GEEST, 2001).

## 1. Introducción

El análisis económico del Derecho (en adelante, AED) estudia el sistema jurídico valiéndose para ello de los conocimientos, las teorías y los métodos proporcionados por la economía. Se dice que esta ciencia puede adoptar una perspectiva normativa o positiva. En el primer caso, se trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus limitados recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines. En el segundo, se estudian hechos, cómo actúan realmente éstos, cómo asignan *de facto* tales recursos. El Derecho también es susceptible de ser analizado económicamente desde ambos puntos de vista.

El AED *normativo* se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los Tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué reglas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias. Hay abundantes estudios dedicados a examinar, por ejemplo, en qué supuestos es preferible una regla de responsabilidad por culpa u otra de responsabilidad objetiva, a la vista de cómo pueden influir ambas en la conducta de los potenciales afectados, y qué costes y beneficios sociales se derivan de cada una de ellas (v.gr., SCHÄFER y MÜLLER-LANGER, 2009).

El AED se ocupa, asimismo, de estudiar hechos relevantes jurídicamente, que pueden ser de dos tipos. El primero se refiere a las *consecuencias reales de las decisiones jurídicas* (legislativas, gubernamentales, judiciales, contractuales, etc.). Muchos estudios de AED tratan de observar empíricamente, describir, explicar y predecir cómo reacciona la gente frente a una determinada regulación jurídica y cuáles son los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción. Por ejemplo, una copiosa literatura trata de precisar los efectos que las diferentes reglas de imposición de costas procesales –vencimiento, temeridad, cada parte se paga las suyas, etc.– tienen sobre la conducta procesal y extraprocesal de los justiciables, en particular sobre las decisiones que éstos han de adoptar en relación con: el nivel de cuidado y la frecuencia con los que realizan las actividades que pueden desembocar en un pleito; el surgimiento de un litigio; los recursos destinados a tratar de ganarlo; su terminación mediante transacción, etc. (v. gr., KATZ y SANCHIRICO, 2010). Esta posible función del AED la designaremos como *predictiva*.

También puede ser objeto de un análisis positivo, en segundo lugar, la *manera como influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas*. La teoría económica se ha utilizado para explicar, por ejemplo, por qué ciertas regulaciones legislativas adoptan determinados contenidos –v. gr., por qué los legisladores son a veces «capturados» por ciertos grupos de presión (STIGLER, 1971)–, o cómo varía el sentido de las decisiones judiciales en función de circunstancias tales como la ideología de sus autores, su raza, sexo, etc. (v. gr., GAROUPA, GILI y GÓMEZ-POMAR, 2012). Esta es la que podemos denominar *función explicativa* del

AED.

A Richard POSNER debemos una de las hipótesis predictivo-explicativas más ambiciosas e importantes –si no la que más– formuladas en el seno de este paradigma teórico. Este autor fue el primero en sostener que el *common law* tiende hacia la eficiencia; en las reglas decantadas y desarrolladas por los jueces subyace una cierta racionalidad económica; las mismas constituyen un sistema coherente de incentivos que inducen en sus destinatarios comportamientos que maximizan la riqueza. Una gran parte de su oceánica obra está dedicada precisamente a mostrar que dichas reglas son efectivamente eficientes.

El AED ha recibido innumerables críticas. En este trabajo vamos a considerar y tratar de refutar, en la medida en que lo merezcan, aquellas que impugnan su valor explicativo en general y del Derecho de daños en particular, que es el ámbito donde esta cuestión se ha discutido más profusa e intensamente.

## 2. La negación del valor explicativo del AED

Dos grandes argumentos se han utilizado para negar la capacidad explicativa del AED. El primero es que, al menos en algunos puntos, pueden existir discordancias entre las predicciones que se derivan de las teorías del AED y la realidad jurídica, entre la configuración que según esas teorías habría de tener el sistema jurídico y la configuración que de hecho tiene [v. gr., ZIPURSKY (2007); OMAN (2007); WRIGHT (2014)]. Supongamos, a modo de ejemplo, que, con arreglo a la antedicha hipótesis posneriana, sostenemos que (i) el Derecho de daños es eficiente y, que, (ii) en aras de la eficiencia, los funcionarios no deberían responder civilmente por los daños ocasionados al desempeñar de manera negligente sus funciones públicas. Si en la práctica observamos que dichos funcionarios responden civilmente por tales daños, podremos concluir que dicha hipótesis no se ajusta a la realidad jurídica, que describe de manera objetivamente incorrecta el Derecho vigente, tal como es practicado. También deberíamos llegar a la misma conclusión si podemos demostrar que esa regla de irresponsabilidad, pese a ser aplicada efectivamente, no resulta eficiente.

El segundo gran argumento sería que el AED no da una explicación adecuada, inteligible, del sistema jurídico, porque «descansa sobre conceptos, lenguaje y razonamientos que son radicalmente diferentes de aquellos empleados por los actores legales mismos». Los «argumentos legales versan esencialmente sobre derechos individuales y responsabilidad individual antes que sobre eficiencia u otro concepto relacionado». Para hacer inteligible una práctica humana auto-reflexiva como es el Derecho, hay que explicar cómo dicha práctica se entiende a sí misma, y por qué los operadores jurídicos utilizan un razonamiento singular que poco tiene que ver con el empleado por los juristas-economistas [SMITH, 2004, pp. 132 y ss.; vid., también, COLEMAN (2001); PAPAYANNIS (2009); WEINRIB (2012)]

Una hipotética explicación sería que dichos operadores están envueltos en una masiva conspiración dirigida a enmascarar las razones reales de sus decisiones, pero esta es, obviamente, una hipótesis del todo inverosímil (SMITH, 2004, p. 134).

Otra posible explicación sería que el contenido de las reglas jurídicas vigentes tiende de manera

inexorable a la eficiencia de resultados de procesos evolutivos de los cuales los operadores jurídicos no son o no tienen por qué ser conscientes. Se ha dicho, no obstante, que esta hipótesis todavía choca con importantes obstáculos: de un lado, (i) sigue sin explicar por qué estos agentes explican el Derecho utilizando otros razonamientos y conceptos; y, de otro lado, (ii) también parece implausible que la entera comunidad jurídica, integrada por un elevado número de sujetos altamente sofisticados, constituya una suerte de marioneta en manos de una fuerza evolutiva invisible e irresistible (SMITH, 2004, pp. 134 y 135).

### 3. Cualidades deseables de una teoría científica explicativa

Podemos convenir, con KUHN (1977, pp. 320 y ss.), en que una buena teoría científica idealmente debería ser: (i) *exacta*, las consecuencias y predicciones que se desprenden de la misma deberían ser acordes con el resultado de las observaciones de la realidad –en este caso, jurídica– para la que pretende tener validez; (ii) *consistente*, no sólo internamente –consigo misma: sus distintas partes deben ser coherentes entre sí–, sino también externamente, con otras teorías aceptadas y aplicables a otros aspectos relacionados de la materia estudiada; (iii) *amplia*, de manera que sus consecuencias y predicciones puedan extenderse más allá de las observaciones, leyes o sub-teorías para las que se destinó inicialmente<sup>2</sup>; (iv) *simple*, de modo que permita ordenar fenómenos que, sin ella, y tomados uno por uno, quedarían aislados y, en su conjunto, serían confusos; y (v) *fecunda*, lo que significa que ha de desvelar fenómenos nuevos o relaciones no observadas antes entre las cosas que ya se saben. Con WENDEL (2011, pp. 1052 y ss.) cabría incluir en esta lista también la (vi) *capacidad unificadora* de la teoría: «nuestra comprensión mejora si podemos mostrar que una serie de fenómenos aparentemente independientes pueden ser en realidad explicados en términos de un principio superior». En nuestra opinión, éstas constituyen sustancialmente las mismas características que debería tener una buena teoría *explicativa* del sistema jurídico y, en particular, del Derecho de daños.

Algunos autores estiman, sin embargo, que las teorías explicativas del Derecho deberían ser evaluadas de acuerdo con otros criterios. Por ejemplo, además del ajuste con la realidad jurídica y la coherencia, SMITH (2004) menciona aquí los de la moralidad y la transparencia.

En un sentido fuerte, el criterio de la moralidad hace preferible aquella teoría que permite describir el Derecho como moralmente justificado. En un sentido débil, este criterio exige al menos que la teoría en cuestión explique por qué los operadores jurídicos pueden estimar, de manera sincera o no, que el Derecho está moralmente justificado. En un sentido intermedio, requiere que aquélla explique por qué dichos sujetos pueden creer sinceramente, de manera errónea o no, que el Derecho cuenta con semejante justificación. En nuestra opinión, este criterio no debería jugar papel alguno a los efectos que estamos considerando. Una buena teoría *explicativa* del Derecho debería –valga la redundancia– *explicar del modo más exacto posible* los diversos aspectos de la práctica jurídica, entre los que, desde luego, se incluyen las creencias que tales agentes tengan efectivamente respecto de la misma y, en particular, las relativas a su

<sup>2</sup> En sentido similar, COLEMAN (2001, pp. 41 y ss.) estima que «*other things being equal, it is good when a theory can bring a diversity of phenomena under a single explanatory scheme, and the greater the range of phenomena thus explained, the better*».

moralidad. Pero no vemos razón alguna para preferir una teoría A sobre otra B sólo porque, según la descripción hecha por B, dicha práctica se aparta de ciertos estándares morales en mayor medida que esa misma práctica según es descrita por A, incluso a pesar de que B se ajusta mejor a las evidencias empíricas existentes que A. Las teorías científicas deben tratar de describir lo más certeramente posible la realidad, con independencia de que ésta nos guste más o menos en términos morales. Es más, obtener un diagnóstico certero de ella resulta de fundamental importancia para poder cambiarla eventualmente.

Algo parecido cabe afirmar respecto del criterio de la transparencia. Se dice que «el Derecho es transparente en la medida en que las razones que los actores jurídicos dan para hacer lo que hacen son sus razones reales» (SMITH, 2004, p. 24). De acuerdo con la versión fuerte de este criterio, «una buena teoría del Derecho debería retratar la práctica jurídica como efectivamente transparente»; la explicación que del Derecho ofrece ha de respaldar, corresponderse con, la explicación que dichos sujetos dan del mismo. De acuerdo con una versión débil, es suficiente que la teoría explique por qué aquéllos pueden afirmar, sinceramente o no, que el Derecho es transparente, es decir, que las razones que ofrecen son sus razones reales. Una teoría «conspirativa», por ejemplo, satisfaría esta versión. Imaginemos que todos los jueces emplean de manera consciente el AED para determinar el contenido de sus decisiones, pero a la hora de motivar éstas ocultan sus razones económicas bajo una argumentación explícita de distinta índole. Con arreglo a una versión intermedia, la teoría del Derecho considerada debería mostrar cómo los operadores jurídicos pueden creer sinceramente, de manera errónea o no, que las razones que ellos dan para hacer lo que hacen son realmente las razones que explican sus decisiones.

A nuestro juicio, una teoría explicativa del Derecho debería dar cuenta con la mayor *exactitud* posible de: (i) cuáles son las razones reales que determinan las decisiones de los actores jurídicos; (ii) si dichas razones se corresponden o no con las que éstos ofrecen explícitamente para motivar sus decisiones; y (iii) por qué existe o no semejante correspondencia. Pero el que la práctica jurídica sea transparente u opaca es irrelevante a los efectos de evaluar las teorías que pretenden describirla y explicarla. Si la realidad es opaca, una buena teoría deberá presentarla como tal y poner de manifiesto la causa a la que obedece su opacidad.

#### ***4. El AED suele explicar más exactamente el Derecho realmente practicado que otras teorías alternativas. Algunos ejemplos***

Desde el paradigma del AED se han dado explicaciones de innumerables aspectos del Derecho de daños, tal como éste es aplicado en la realidad, mucho más exactas, consistentes, amplias, fecundas, simples y unificadoras que las proporcionadas por teorías alternativas, a pesar de que estas últimas pretenden reflejar mejor el «punto de vista interno» de los aplicadores del Derecho.

De entre las teorías rivales del AED merecen ser destacadas las teorías no «instrumentalistas», también llamadas «moralistas» o «basadas en derechos», según las cuales el Derecho privado –y, en particular, el Derecho de daños– no es un instrumento para la consecución de fines «extrajurídicos», como la eficiencia o el bienestar social, sino de vindicación y afirmación de los

derechos individuales<sup>3</sup>. Entre ellas, a su vez, destaca la teoría de la justicia correctiva. Algunos autores sostienen que la idea teórica que mejor explica el Derecho de daños es la de la justicia correctiva, según la cual los individuos que han causado un daño injusto (*wrong*) a otros tienen el deber jurídico de repararlo [v. gr., COLEMAN (2001) y WEINRIB (2012)].

#### 4.1. Concepto de negligencia

La negligencia es la infracción de un deber de cuidado. El problema que se plantea en la práctica es determinar hasta dónde llega éste. La respuesta del AED es muy simple: son exigibles aquellas precauciones cuyos beneficios esperados –consistentes en la disminución del riesgo de accidentes derivada de adoptarlas– superan a sus costes. Habría negligencia, por consiguiente, cuando no se toma una de esas precauciones. Este concepto puede representarse matemáticamente mediante una fórmula sumamente exacta, general y sintética:  $p'(x) \cdot D > c'(x)$ ; donde  $p'(x)$  es la reducción de la probabilidad de que ocurra el accidente en cuestión si se adopta la medida precautoria considerada (o, dicho con otras palabras, si se alcanza cierto nivel de precaución que se representa con la letra  $x$ );  $D$  es el daño ocasionado por el accidente; y  $c'(x)$  el coste marginal que implica tomar la medida en cuestión.

A pesar de su simplicidad, de esta fórmula pueden extraerse varias conclusiones de gran relevancia, cuando menos: (i) los tres factores expuestos [ $p'(x)$ ,  $D$  y  $c'(x)$ ] deben ser ponderados para determinar si en un determinado caso hay negligencia o no; (ii) ninguno de los tres es por sí solo completamente determinante a estos efectos; así, por ejemplo, el hecho de que no se haya adoptado una medida para prevenir un daño de una enorme magnitud no constituye por sí mismo una negligencia, si dicha medida reducía de manera insignificante la probabilidad del accidente o el coste de su adopción era muy elevado; (iii) cuanto mayor sea  $D$  o  $p'(x)$ , más elevado será el punto crítico de  $c'(x)$  por debajo del cual hay negligencia y por encima del cual no la hay; (iv) cuanto mayor sea  $D$ , menor será el punto crítico de  $p'(x)$  por encima del cual existe negligencia y por debajo del cual no existe.

Nótese, también, que dicha fórmula representa en unos términos enormemente abstractos y generales la realidad jurídica. No limita su ámbito de aplicación a parcelas o problemas singulares del Derecho de daños, sino que tiene vocación de ser aplicada y dar cuenta de cualesquiera casos donde se plantea si una persona ha llevado o no el cuidado que debía. De ahí que explique perfectamente por qué para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta las circunstancias del caso, en la medida en que los concretos valores que adopten  $D$ ,  $p'(x)$  y  $c'(x)$  variarán con toda seguridad en función de las mismas.

Las teorías alternativas utilizadas para intentar explicar cuándo hay negligencia tienen una potencia explicativa (así como prescriptiva) notablemente inferior. En algunos países europeos se

---

<sup>3</sup> Es el caso, por ejemplo, de la llamada «*civil recourse theory*», desarrollada por ZIPURSKY y GOLDBERG. Sobre esta teoría, vid. el número monográfico (vol. 88, núm. 2) que en 2013 la *Indiana Law Journal* le dedicó, donde aquéllos la defienden y otros autores (POSNER, CALABRESI, RUSTAD, CHAMALLAS y ROBINETTE) la critican desde distintos puntos de vista. Especialmente interesantes nos parecen las críticas formuladas, desde la perspectiva del AED, por POSNER (2013) y CALABRESI (2013).



usa, por defecto, el estándar del buen padre de familia<sup>4</sup>. El artículo 1104 de nuestro [Código civil](#), por ejemplo, establece que:

«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

Este concepto presenta varios inconvenientes. El primero es el de su razón de ser. No se adivina por qué se utiliza por defecto este estándar y no otro. El segundo es el de su extrema indeterminación. Su significado no sólo está muy lejos de ser claro, sino que ni siquiera ofrece al intérprete una guía que le permita orientarse a la hora de precisar las medidas de cuidado exigibles. Esa vaguedad hace también que su poder explicativo sea bajo: resulta prácticamente imposible determinar si, de hecho, los Tribunales se ajustan o no se ajustan al mismo. En tercer lugar, este criterio puede ser intuitivamente aceptable en algunas esferas de la realidad, pero no en muchas de ellas. No parece un criterio adecuado, por ejemplo, para juzgar si un empresario o un perito han actuado diligentemente en el desempeño de sus actividades comerciales o profesionales (RAMOS HERRANZ, 2006). Ni tampoco para precisar si una autoridad administrativa ha cometido una negligencia en el desempeño de sus funciones. Y ello con independencia de que el legislador haya especificado o no la diligencia con la que esas y otras personas han de actuar. Lo cual suscita el interrogante de cuál es la razón que justifica y explica que en unos casos se utilice un estándar (v. gr., «buen padre de familia») y en otros casos otro distinto (v. gr., «ordenado empresario»).

El criterio del «hombre razonable», frecuentemente empleado en el *common law*, no presenta esta tercera objeción, al tener un alcance más amplio que el del «buen padre de familia», pero resulta todavía más indeterminado y vago.

Nótese que algunas sentencias y disposiciones, a fin de precisar el significado de estas y otras expresiones, afirman criterios similares a los que se desprenden de la antedicha fórmula matemática<sup>5</sup>. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español<sup>6</sup>, al objeto de interpretar el referido concepto de diligencia de un buen padre de familia, ha invocado en algunas ocasiones el artículo 4:102(1) de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, elaborados por el llamado *European Group on Tort Law*<sup>7</sup>, donde se dice que:

---

<sup>4</sup> En este trabajo no siempre empleamos las expresiones «estándares» y «reglas» en el mismo sentido en el que la literatura estadounidense habla de *standards* (mandatos jurídicos cuyo contenido está configurado *ex ante* con una elevada abstracción, que necesita ser concretado *a posteriori*, a la vista de las circunstancias del caso, a fin de precisar cuál es la consecuencia jurídica pertinente) y *rules* (mandatos que predeterminan con un elevado grado de precisión el supuesto de hecho al que se asocia una determinada consecuencia jurídica). Vid., entre otros, KAPLOW (1992) y KOROBKIN (2000).

<sup>5</sup> Vid. la sección 3 del *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*.

<sup>6</sup> SSTS (Sala 1ª) de 17 de julio de 2007 (rec. 2727/2000), 21 de noviembre de 2008 (rec. 2915/2001) y 5 de noviembre de 2014 (rec. 1839/2012).

<sup>7</sup> Sobre estos Principios [elaborados por un nutrido grupo de académicos con el objeto de servir de base para discutir una eventual armonización del Derecho de daños en la Unión Europea, así como de orientar la legislación y la práctica judicial de los Estados miembros en la materia], vid. MARTÍN CASALS (2005) y KOCH (2007).

«El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

Puede apreciarse que prácticamente todos los criterios que aquí se mencionan son reconducibles a los tres ingredientes de la antedicha fórmula. La «naturaleza y el valor del interés de que se trate» y la «peligrosidad de la actividad, a  $D$ »; la «peligrosidad de la actividad» y «la previsibilidad del daño», a  $p'(x)$ ; la previsibilidad del daño, la pericia exigible a la persona que lleva a cabo la actividad en cuestión y la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y métodos alternativos, a  $c'(x)$ .

Puede verse, asimismo, cómo esta fórmula matemática tiene una mayor capacidad prescriptiva y explicativa que dichas definiciones, pues no sólo indica que hay que tener en cuenta ciertos factores a la hora de precisar si una persona ha actuado con el cuidado debido, sino también cómo hay que tenerlos en cuenta, cómo están relacionados los unos con los otros.

Y, sobre todo, interesa resaltar que los jueces –los españoles, al menos– suelen decidir *de facto* con arreglo a la mentada fórmula, aunque no lo digan e, incluso, a pesar de que muy probablemente la mayoría de ellos la desconozca. Sirva el ejemplo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por suicidios cometidos en centros penitenciarios. Con frecuencia, la argumentación explícita de las sentencias dictadas sobre el particular no refleja cuál es el criterio que utilizan realmente, al margen de las apariencias, para declarar cuándo responde la Administración y cuándo no. Fijémonos, a modo ilustrativo, en un par de casos.

En el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 19 de junio de 1998 (rec. 1985/1994), un preso se había ahorcado «con una sábana que sujetó al borde de la ventana de su celda, sin que a tenor de los datos obrantes en el expediente administrativo y, sobre todo, por las declaraciones de los funcionarios del centro penitenciario y los testimonios de sus compañeros, se advirtiese nada anómalo en su comportamiento, ni se detectase ningún síntoma que pudiera indicar su posterior reacción». El Tribunal Supremo afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva: «ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala». Sin embargo, también nos recuerda su jurisprudencia relativa a fallecimientos de internos en establecimientos penitenciarios, según la cual hace falta «la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario... suficiente para establecer un nexo de causalidad entre la omisión administrativa y el fallecimiento». En el caso enjuiciado, el Tribunal advierte que: (i) «no se adoptaron medidas precautorias previas [v. gr., de vigilancia intensiva] porque en modo alguno se conocía con anterioridad la tendencia a la realización de tal hecho por parte del recluso, ni tampoco había dado muestras, con anterioridad, de conductas anormales que propiciaran el desencadenamiento de los hechos»; (ii) una sábana «no constituye un elemento especialmente idóneo para una tentativa de ahorcamiento y, por el contrario, constituye un elemento aparentemente inofensivo para el descanso de cualquier persona», por lo que no parecía conveniente sustituirla por elementos menos peligrosos. Así las cosas, concluye el Tribunal, «no concurrió una imputable actuación negligente por parte de la

Administración», necesaria para considerar existente aquel nexo de causalidad.

En el decidido por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 30 de mayo de 2006 (rec. 211/2005), en cambio, sí se aprecia ese «nexo causal», habida cuenta de que: (i) el interno ya había intentado suicidarse dos días antes; (ii) aunque se le sometió a observación, se le permitió que se marchara solo a su celda porque le dolía la cabeza; (iii) el interno utilizó una cuchilla de afeitar de una maquinilla desechable, y la Administración incumplió su deber de vigilancia, porque entre sus deberes «estaba el evitar que el fallecido dispusiese de medios a su alcance para causarse la muerte o autolesionarse».

En las dos Sentencias se observa, por de pronto, una discordancia flagrante entre el Derecho que dicen aplicar y el Derecho que realmente aplican. Ambas afirman que la responsabilidad de la Administración es objetiva, cuando resulta evidente que *de facto* están decidiendo con arreglo al criterio de la culpa: la Administración sólo resulta condenada si cometió una negligencia, si omitió las medidas de precaución que debía haber tomado para prevenir el suicidio. Pero, en lugar de reconocer explícitamente lo que realmente están haciendo, aplican la regla de la culpa ocultándola bajo el disfraz del nexo causal. Se hace pasar por un problema de causalidad lo que, en verdad, es uno de negligencia. En ambos casos, el daño lo causó de hecho el interno. La cuestión es si la Administración obró negligentemente al omitir las precauciones que hubieran podido evitarlo.

Debe notarse, en segundo lugar, que, a pesar de que el Tribunal no reconoce estar aplicando la regla de la culpa ni, por consiguiente, explicita el criterio o los criterios generales utilizados para determinar si la actuación administrativa era o no culposa, el sentido de sus decisiones cuadra perfectamente con la referida fórmula. En efecto, el daño posible ( $D$ ) era equivalente en ambos casos: el ocasionado por el suicidio de un interno. La diferencia residía en las restantes variables.

En el primer caso,  $p'(x)$  era muy baja y  $c'(x)$  muy elevada. Recordemos que ningún indicio hacía pensar que el interno pudiera suicidarse: la probabilidad de que ello ocurriera era muy reducida y, en consecuencia, también lo era la disminución de esa probabilidad que se hubiese logrado adoptando medidas precautorias. Por otro lado, las medidas adecuadas para evitar un suceso como éste entrañaban costes prohibitivos. Piénsese en los que implicaría para las arcas públicas y la intimidad de los internos vigilarlos a todos las veinte y cuatro horas, todos los días del año, aun cuando no mostraran un especial riesgo de suicidarse. Y los que supondría privarles a todos ellos de objetos tan poco peligrosos *a priori* como las sábanas. De ahí que resultara plausible concluir que  $p'(x) \cdot D < c'(x)$ .

En el segundo caso, por el contrario,  $p'(x)$  era mucho más alta y  $c'(x)$  más baja, de manera que podía concluirse que  $p'(x) \cdot D > c'(x)$ . El hecho de que el preso hubiera tratado de suicidarse dos días antes indicaba que la probabilidad de que volviera a intentarlo próximamente era muy elevada. De hecho, por esa razón se le sometió a un plan de vigilancia y prevención. Por otro lado, vigilar de manera intensiva sólo a los internos que muestran un riesgo singularmente alto de suicidio –sin hacer excepciones cuando alegan que «les duele la cabeza»– y asegurarse de que, mientras persiste la situación de alto riesgo, no tienen a su alcance objetos tan peligrosos como una maquinilla de afeitar resulta menos costoso que las medidas preventivas consideradas en el caso anterior. Es por ello que aquí podía concluirse razonablemente que  $p'(x) \cdot D > c'(x)$ .

#### 4.2. Responsabilidad civil objetiva

Una de las figuras centrales del Derecho de daños que las teorías «no instrumentalistas» –como la de la justicia correctiva– tienen serias dificultades para explicar es la de la responsabilidad objetiva [así lo han advertido, entre otros, PAPAYANNIS (2012, pp. 699 y ss.) y KEATING (2014)]. Con arreglo a estas teorías, para que surja la obligación de reparar el daño causado, éste ha de constituir un injusto (*wrong*). La responsabilidad por culpa no plantea aquí problema alguno, en tanto en cuanto el carácter injusto del daño resulta de que éste es fruto de una infracción de un deber de cuidado por parte del causante.

La responsabilidad objetiva, en cambio, parece difícilmente compatible con tales teorías. Para dar cumplida cuenta de aquélla, éstas deberían explicar convincentemente: (i) por qué un daño ha de considerarse injusto a pesar de que en su producción no se infringió deber jurídico alguno; (ii) por qué algunos daños causados sin culpa son injustos mientras que otros causados igualmente sin culpa no lo son; y (iii) por qué en algunos supuestos la responsabilidad es objetiva mientras que en otros lo es por culpa.

Ante las dificultades que entraña la empresa, algunos partidarios de estas teorías confiesan abiertamente que la responsabilidad objetiva no encaja en ellas (GOLDBERG y ZIPURSKY, 2010, p. 267), mientras otros recurren a artificios conceptuales para tratar de que encaje, sin demasiado éxito. WEINRIB (2012, pp. 171 y ss.), por ejemplo, también estima que dicha responsabilidad no es compatible con la idea de justicia correctiva. Pero, a continuación, no tiene empacho alguno en recalificar como supuestos de responsabilidad por culpa los casos más relevantes de responsabilidad objetiva, en contra, por cierto, de la opinión formulada desde un «punto de vista interno» por prácticamente todos los juristas teóricos y prácticos, que consideran dichos casos como ejemplos paradigmáticos de responsabilidad objetiva. Para ello recurre al viejo truco de las ficciones. Así, la responsabilidad de los principales –v. gr., empresarios– por algunos daños causados negligentemente por sus agentes –v. gr., trabajadores– no sería en realidad objetiva, porque aquí hay que estimar [*rectius*, fingir] que son los primeros los que actúan, si bien a través de los segundos. Y tampoco lo sería la responsabilidad por los daños derivados de actividades anormalmente peligrosas, cuyo resarcimiento pueden las víctimas exigir sin necesidad de probar la culpa de los causantes. La supuesta explicación vendría a ser que, en estos casos, la materialización del daño es suficiente para imputar al causante falta de cuidado al prevenirlo [es decir, la mera producción del accidente justificaría una suerte de presunción *iuris et de iure*, o más bien ficción, de negligencia]. La licitud de su actividad no implicaría que todas las actuaciones desarrolladas en el marco de la misma fueran diligentes. El efecto de esta responsabilidad – sugiere WEINRIB (2012, pp. 187 y ss.)– sería simplemente el de aliviar la carga, que normalmente se impone a la víctima, de identificar la específica actuación negligente.

El AED, en cambio, no tiene dificultad alguna para explicar la responsabilidad objetiva: ésta es la regla probablemente más eficiente bajo ciertas condiciones. Las ventajas y las desventajas de la responsabilidad por negligencia y de la responsabilidad objetiva han sido analizadas por una copiosa literatura económica. Uno de los efectos más importantes de esta última regla es que, al hacer recaer sobre los potenciales causantes el «riesgo residual» de provocar un accidente a pesar de llevar el cuidado exigible, previene que éstos desarrollen su actividad si los beneficios que la misma genera son inferiores a dicho riesgo. La responsabilidad objetiva resultaría pertinente,

pues, respecto de actividades anormalmente peligrosas, a fin de evitar que su volumen sea excesivo [vid. HYLTON (2014); SCHÄFER y MÜLLER-LANGER (2009)].

### 4.3. Responsabilidad civil por el hecho de otro

Otra de las reglas centrales del Derecho de daños que la idea de la justicia correctiva tiene grandes dificultades para explicar es la de la responsabilidad por hecho ajeno. En prácticamente todos los ordenamientos jurídicos el legislador contempla no pocos supuestos donde se hace responder a una persona de los daños causados a otra por una tercera. Sirva el ejemplo del artículo 1903 de nuestro [Código civil](#), donde se prevé la responsabilidad de padres y tutores respecto de los menores sometidos a su guarda o tutela, y la de los empresarios respecto de sus dependientes, cuando éstos actúan en el desempeño de sus funciones<sup>8</sup>. O el artículo 36.1 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público \(BOE núm. 236, de 2.10.2015\)](#), que dice que las Administraciones públicas resarcirán, en concepto de responsabilidad patrimonial directa y exclusiva, «los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio»<sup>9</sup>.

No se trata, ni mucho menos, de excepciones exóticas o anomalías menores. En las sociedades modernas, la responsabilidad civil vicaria (*respondeat superior*) tiene seguramente mayor relevancia práctica que la personal. Los casos en los que se discute si un principal –v. gr., una sociedad mercantil o una Administración pública– ha de compensar los daños causados por uno de sus agentes son seguramente más numerosos y de mayor cuantía que aquellos en los que se juzga la responsabilidad personal del causante.

Con arreglo a la teoría de la justicia correctiva, del daño sufrido por la víctima responde el causante, no una tercera persona; el Derecho de daños tiene una estructura bilateral [COLEMAN (2001, pp.13-24); WEINRIB (2012, pp. 114-144)], no triangular. Es evidente, por lo tanto, que este modelo teórico no da cuenta de la responsabilidad por hecho ajeno. Así lo ha reconocido hasta uno de sus más conspicuos partidarios (COLEMAN, 2001, p. 36, en relación con la responsabilidad vicaria). Otros, en cambio, se han resistido a aceptar la evidencia. WEINRIB (2012, pp. 185-187), por ejemplo, advierte el problema, pero estima que la regla *respondeat superior* sí es compatible con la teoría de la justicia correctiva, «si el principal puede, en cierto sentido, ser considerado

---

<sup>8</sup> Según el artículo 1903 *in fine* del Código Civil «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un padre de familia para prevenir el daño». No obstante, «en la práctica, el [Tribunal] Supremo ha tendido claramente a objetivar esta responsabilidad, salvo por lo que afecta a los titulares de centros docentes, considerando prácticamente siempre que padres y empresarios no han conseguido aportar la prueba exoneratoria» (GÓMEZ CALLE, 2016). Interesa señalar que aquí, al igual que en otras parcelas del Derecho de daños, el Tribunal Supremo suele decir una cosa y hacer otra. Como advierte GÓMEZ CALLE (2014), existe «una clara contradicción entre lo que realmente establece el art. 1903 CC y el TS admite ya sin paliativos (una responsabilidad por culpa, aunque sea con inversión de la carga de la prueba) y la forma en que el mismo Tribunal lo aplica en la mayoría de sus supuestos (como una responsabilidad que en la práctica es claramente objetiva)».

<sup>9</sup> Vid., también, los artículos 120 y 121 de la [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal](#); el artículo 61.3 de la [Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores \(BOE núm. 11, de 13.01.2000\)](#).

como causante del daño». «Allí donde el agente culpable está suficientemente integrado en la empresa [del principal] y allí donde ese agente está suficientemente cercano a la tarea asignada, el Derecho construye un sujeto jurídico más inclusivo, el “principal que actúa a través del empleado”, al cual se le puede imputar la responsabilidad». Esta tesis merece varias críticas (WELLS, 1996). En este momento interesa poner de manifiesto dos de ellas. La primera es que considerar que el principal ha causado el daño no deja de ser una *ficción*: se da por cierto algo que se sabe no se ajusta a la realidad. WEINRIB lo reconoce, pero no ofrece razón alguna por la cual aquí hay que fingir algo que evidentemente no ha ocurrido. La segunda es que tampoco explica por qué hay que aceptar semejante ficción sólo cuando el agente culposo está «suficientemente integrado» en la organización del causante y se encuentra «suficientemente cercano» a las tareas asignadas, ni cuál es el significado de estas expresiones.

Abundantes estudios elaborados en el paradigma del AED han puesto de relieve las razones de eficiencia que subyacen en los diversos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno y, en particular, en la regla *respondeat superior* [KORNHAUSER (1982); SYKES (1984); SHAVELL (1987); DARI MATTIACCI y PARISI (2004); SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (2002); SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2002)]. En esos estudios se analizan cuidadosamente sus ventajas y desventajas, y se comparan con las de la responsabilidad personal, habida cuenta de varios factores: (i) el riesgo de insolvencia de principales y agentes; (ii) los costes que para las víctimas supone identificar y litigar contra unos u otros; (iii) los costes en que ambos han de incurrir para celebrar acuerdos; (iv) su respectiva aversión al riesgo; (v) los incentivos que los agentes pueden tener para adoptar medidas de precaución en ausencia de responsabilidad personal; (vi) la capacidad de los principales para controlar la conducta de los agentes, etc. Y se pone de relieve en qué supuestos típicos conviene utilizar una u otra regla, supuestos que coinciden en gran medida con las soluciones a las que ha llegado el legislador o la jurisprudencia en infinidad de países.

#### 4.4. La estructura bilateral y correlativa del Derecho de daños

Al AED se le ha criticado que no explica esta peculiar estructura del Derecho de daños, que constituiría uno de sus rasgos característicos más importantes. La víctima y el causante del daño se encuentran en una relación jurídica estrictamente bilateral y correlativa. Entre sus respectivos derechos y obligaciones hay una perfecta correspondencia. Lo que uno debe es exactamente aquello a lo que el otro tiene derecho (COLEMAN, 2001, pp.13-24; WEINRIB, 2012, pp. 114-144). Al AED se le reprocharía su incapacidad para explicar por qué hay que hacer pagar al causante del daño la misma cantidad de dinero que va a recibir la víctima, y por qué la compensación ha de equivaler al daño sufrido por ellas.

A esta tesis se le pueden poner dos serias objeciones. La primera es que el Derecho de daños no siempre muestra esa estructura bilateral. En muchos y relevantes casos hay terceros implicados. Recordemos aquí la llamada responsabilidad por hecho ajeno, a la que antes nos hemos referido, o el papel central que, en la actualidad, frecuentemente, asumen las empresas aseguradoras.

La segunda es que el AED no sólo explica mejor que otras teorías alternativas las excepciones de

la bilateralidad –recordemos a modo de ejemplo lo expuesto anteriormente en relación con la responsabilidad vicaria–, sino que también da cuenta cabal de la regla general. Como hemos puesto de relieve en otro lugar (DOMÉNECH PASCUAL, 2012), para que tanto los potenciales causantes como las posibles víctimas adopten un nivel óptimo de precaución, es necesario, por regla general, que la indemnización que aquéllos han de pagar y éstas recibir equivalga al daño sufrido por las mismas.

WEINRIB (1989, pp. 506 y ss.), sin embargo, considera que, para que los potenciales causantes actuasen diligentemente, bastaría que en caso de accidente pagaran una cantidad superior a la resultante de dividir el coste de las concretas debidas medidas omitidas por la probabilidad de ocurrencia del accidente. Imaginemos que una medida de seguridad cuyo coste es de 100 \$ evita un accidente que conllevaría un daño de 1.000 \$ y ocurriría con una probabilidad de 0,25. Para inducir a los potenciales causantes a tomar esta medida económicamente eficiente [y, a la postre, evitar que las posibles víctimas tratasen de prevenir el accidente con precauciones ineficientes] bastaría con imponerles el pago de una cantidad ligeramente superior a 400 en el caso de que no la tomasen y se produjese el accidente. A estos efectos, no haría falta obligarles a resarcir todo el daño ocasionado. Habría que concluir, por ende, que el AED no explica la regla de la reparación integral del daño.

Pero la conclusión no es acertada, porque sí hay una importante razón de eficiencia detrás de esta regla. Es cierto que la misma no resultaría necesaria para inducir niveles de precaución óptimos si todos los implicados –los potenciales causantes y víctimas, así como los jueces– dispusieran de información perfecta acerca de la probabilidad de los accidentes, la magnitud de los eventuales daños, el coste de las medidas adecuadas para prevenirlos, las medidas de cuidado exigibles, etc. Pero en la realidad las cosas rara vez son así. Normalmente, la información de que disponen no es perfecta. Dichos sujetos no conocen con total exactitud esos factores relevantes y, por consiguiente, cometen errores al estimarlos. En tales situaciones de información imperfecta, la regla de la reparación integral induce niveles de precaución más eficientes que la regla hipotética sugerida por WEINRIB.

Ilustrémoslo con un ejemplo. Imaginemos que, en el caso anterior, los potenciales causantes incurren en errores cuando calculan la probabilidad de provocar un accidente. Algunos la subestiman en un 0,05, mientras que otros la sobreestiman en un 0,05. Nótese que si, como sugiere WEINRIB, se les obligara a pagar 401 € en caso de accidente, ninguno de los que subestima dicha probabilidad adoptaría la medida de seguridad en cuestión, pues el coste esperado de omitirla ( $401 \$ \cdot 0,2 = 80,2 \$$ ) sería inferior al de tomarla (100 \$). Sólo los que sobreestiman dicha probabilidad lo harían, pues únicamente para ellos el coste esperado de la omisión ( $401 \$ \cdot 0,3 = 120,3 \$$ ) excedería del de la adopción (100 \$). En cambio, si se aplica la regla de la reparación integral, todos actuarán con la precaución exigible, incluso los que subestiman la probabilidad de ocasionar un accidente, pues también para ellos el coste esperado de omitirla ( $1.000 \$ \cdot 0,2 = 200 \$$ ) es notablemente superior al de tomarla (100 \$).

El AED, por lo demás, también explica por qué en determinados supuestos, previstos por el legislador o la jurisprudencia, se exceptiona dicha regla general, ora al alza ora a la baja. Hay buenas razones de eficiencia que justifican que la compensación exigible sea en determinadas circunstancias inferior o superior a la magnitud del daño sufrido por la víctima (DOMÉNECH

PASCUAL, 2012). La teoría de la justicia correctiva, por el contrario, no brinda razón alguna para hacer semejantes excepciones.

#### 4.5. La relación de causalidad

Al AED se le ha criticado que, en la medida en que «no recoge el requisito de causalidad como relevante... falla al describir la práctica y las categorías empleadas usualmente en el discurso del Derecho de daños», que exigen como condición necesaria para hacer responder de un daño a una persona que ésta lo haya causado (PAPAYANNIS, 2009, pp. 477 y ss.). Según el AED, dicho requisito queda absorbido por el de la existencia de negligencia, definida de acuerdo con la fórmula matemática a la que antes nos hemos referido. Una persona debe considerarse causante de un daño siempre que hubiera omitido –y sólo si omitió– medidas de precaución económicamente eficientes dirigidas a prevenirlo. En la medida en que los operadores jurídicos – académicos, jueces, etc.– distinguen conceptualmente entre negligencia y causación, el AED «los pinta como seres irracionales, que incurren todos los días en flagrantes contradicciones», lo que resulta inverosímil y, paradójicamente, contradictorio con una de las premisas más caras del propio AED: la de que las personas actúan racionalmente (PAPAYANNIS, 2014).

Esta crítica nos parece desacertada. En primer lugar, porque se hace a la vista de los primeros análisis económicos del Derecho de daños –donde, ciertamente, la causalidad jugaba un papel muy modesto, cuando no prácticamente irrelevante–, sin tener en cuenta que la misma ha cobrado una importancia mucho mayor en obras posteriores. En segundo lugar, estimamos que el AED explica mejor el significado y el papel de la relación de causalidad en la práctica real que las categorías y teorías usualmente empleadas en el discurso del Derecho de daños.

##### a. La relación de causalidad no es irrelevante desde un punto de vista económico

Los primeros modelos económicos de la responsabilidad civil (v. gr., BROWN, 1973), en efecto, giraban alrededor de la negligencia y no consideraban explícitamente el requisito de la causalidad. Si el autor de la actividad dañosa había alcanzado el nivel de cuidado óptimo, no debía responder. Si, por el contrario, no lo había alcanzado, debía compensar a la víctima, aun cuando el accidente se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél de manera diligente (en adelante, llamaremos a esta regla «responsabilidad por culpa sin causalidad»). Algunos autores llegaron a decir que el análisis económico del Derecho de daños podía prescindir de la idea de causalidad. Si el objeto del mismo es promover conductas eficientes, el coste de los accidentes debería ser asumido por la persona que hubiera podido prevenirlos de manera más eficiente [vid. CALABRESI (1970); LANDES y POSNER (1987, pp. 228 y ss.)].

Posteriores estudios pusieron de manifiesto la relevancia económica del requisito de la causalidad. SHAVELL (1980) ofrece una explicación de por qué la existencia de una relación de causalidad fáctica es normalmente una condición necesaria, si bien no suficiente, de la responsabilidad. La determinación de la esfera óptima de la responsabilidad –el conjunto de daños por los que una persona debería responder– ha de hacerse ponderando los costes y los



beneficios de excluir o incluir un daño en aquélla. La exclusión tiene dos ventajas: (i) normalmente reduce los costes de procedimiento en que habría que incurrir para hacer efectiva esa responsabilidad; y (ii) evita en algunos casos que los potenciales causantes se abstengan de realizar actividades socialmente deseables, ante la amenaza de tener que afrontar el resarcimiento de demasiados daños. Pero también entraña un potencial inconveniente: elimina los incentivos para prevenir los daños excluidos. Así las cosas, para incluir un determinado tipo de daño en dicha esfera, ha de darse la circunstancia de que la adopción de precauciones permita reducir el riesgo de que aquél se produzca. De ahí que la referida causalidad fáctica constituya un requisito de dicha inclusión, pues una medida precautoria que no hubiera evitado cierto tipo de daños no reduce, por definición, el riesgo de que éstos tengan lugar. De ahí también que aquellos daños causados de hecho por una negligencia que, sin embargo, no incrementó *ex ante* la probabilidad de ocasionar daños de ese tipo [véase lo que más abajo se dirá en relación con el caso *Berry*] tampoco deban incluirse dentro de la referida esfera de responsabilidad. En ambos casos, dicha inclusión podría disuadir a los potenciales causantes de realizar actividades socialmente beneficiosas.

Varios autores han puesto de relieve, asimismo, la importancia del requisito de la causalidad en un mundo en el que la información es imperfecta [GRADY (1983), KAHAN (1989), MARKS (1994), MICELI (1996) y HYLTON (2014)]. Tal requisito carecería de trascendencia si los potenciales causantes y los jueces pudieran determinar sin errores el cuidado óptimo y exigible. En semejante escenario, aquéllos actuarían diligentemente y nunca responderían (en un sistema de responsabilidad por culpa). Imaginemos, por ejemplo, que ese cuidado, cuando se trata de prevenir que las pelotas procedentes de un campo de cricket causen daños a las personas y las cosas situadas en las propiedades adyacentes, consiste en levantar una valla de tres metros de altura alrededor del mismo cuyo coste es de 100.000 €. Semejante barrera no impide que los vecinos sufran algunos pelotazos, pero los daños resultantes que podría ahorrar una de mayor altura no compensan el coste de elevarla. En virtud de la regla de la responsabilidad por culpa sin causalidad, el titular del campo de cricket que no instalara una valla de al menos tres metros respondería de todos los pelotazos, incluso de los que ésta no hubiera podido bloquear. En cambio, con arreglo a la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad, sólo respondería de aquellos daños que hubiera podido evitar de haber actuado diligentemente, es decir, de los causados por pelotas que hubiesen salido despedidas del campo por debajo de esa altura. En tales circunstancias, dicho sujeto construirá una valla de tres metros y nunca responderá.

Las cosas cambian notablemente en un escenario, mucho más realista que el anterior, de información imperfecta. Supongamos, por ejemplo, que el titular del campo de cricket no sabe con certeza cuál es el estándar de diligencia óptimo y exigible, es decir, qué altura debería tener la valla. Estima que lo más probable es que sea de tres metros, si bien es consciente de que puede ser mayor o menor. Imaginemos que los errores «por defecto» -los que se producen cuando la altura real es inferior a la óptima y exigida por los Tribunales- son igual de probables que los errores «por exceso» -la altura real excede de la exigible-. En tales circunstancias, la aplicación de la regla de responsabilidad sin causalidad induciría a dicho titular a adoptar un nivel de precaución excesivo, a levantar una valla de una altura muy superior a tres metros. El porqué es fácil de entender. Bajo esa regla, hay una asimetría entre los errores por exceso y los errores por defecto. Los primeros son relativamente poco costosos: superar en un centímetro la altura debida

no reporta beneficio alguno al titular del campo, pero tampoco le supone apenas costes. En cambio, los segundos tienen efectos demoledores: no llegar, siquiera por un centímetro, a la altura fijada por los Tribunales supone responder por todos los pelotazos, no sólo por los que una valla de tres metros hubiera podido evitar, sino también por todos aquellos que se hubieran producido igualmente aun cuando se hubiera llevado el cuidado exigible. De ahí que, si se aplica esta regla, el potencial causante tratará de evitar sobre todo estos «errores por defecto», para lo cual tenderá a tomar medidas de precaución excesivamente costosas, considerablemente ineficientes. En concreto, aumentará la altura de la valla hasta el punto en el que el coste que el aumento le supone se iguale al beneficio derivado de reducir el riesgo de que los Tribunales estimen que la valla es demasiado baja y le hagan responsable de cualquier pelotazo.

Puede apreciarse que la regla de la «responsabilidad por culpa con causalidad» distorsiona mucho menos los incentivos de los potenciales causantes para llevar el cuidado socialmente deseable. La razón es bien sencilla: el hecho de que aquí los errores por defecto sólo hacen responsable al demandado de los daños que este hubiera podido evitar adoptando el cuidado exigible elimina o al menos reduce sensiblemente la asimetría referida en el párrafo anterior. Aquí ambos tipos de errores tienen, *ceteris paribus*, el mismo coste, por lo que los potenciales causantes no tienen incentivos para tomar de manera sistemática precauciones demasiado costosas e ineficientes con el fin de eludir, sobre todo, los errores por defecto. Volvamos al ejemplo anterior. Nótese que el titular del campo de cricket, si construye una valla de 2,99 metros, de una altura inferior en un centímetro a la considerada óptima por los Tribunales, no responderá de todos los pelotazos, sino sólo de los que salgan del campo por debajo de esta última. Cabe pensar que el coste esperado de tal responsabilidad es muy cercano al que encierra elevar en un centímetro la valla por encima de los tres metros.

En suma, estos estudios ponen de relieve que, desde el punto de vista del AED: (i) sí tiene perfecto sentido distinguir conceptualmente entre causalidad y negligencia; (iii) la una no implica la otra, ni viceversa; y (ii) hay buenas razones para estimar que la regla de la responsabilidad por culpa con causalidad es, en el mundo real, más eficiente que la de la responsabilidad por culpa sin causalidad.

- b. El AED explica mejor el papel real de la relación de causalidad que las «teorías y categorías empleadas usualmente en el discurso del Derecho de daños»

La extraordinaria importancia que en la práctica del Derecho de daños se atribuye al requisito de la causalidad contrasta con la enorme confusión existente acerca de su concepto y significado o, en otras palabras, acerca de los criterios en virtud de los cuales hay que determinar si en un caso concreto concurre o no este requisito.

Las teorías tradicionales tienden a dar al nexo causal un significado empírico o natural: una persona causa un daño cuando su actuación forma parte de la cadena de acontecimientos que dan como resultado fáctico ese daño. Sin embargo, esa concepción tradicional se muestra manifiestamente incapaz de explicar el papel que en la práctica juega realmente dicho requisito (GARCÍA AMADO, 2013, pp. 80 y ss.). De un lado, porque esa causalidad no siempre es necesaria

para que surja la responsabilidad. Hay abundantes supuestos en los que una persona responde de un daño que no ha causado o que probablemente no ha causado en ese sentido empírico: los de responsabilidad por omisión; responsabilidad presunta; responsabilidad por el hecho de un tercero; responsabilidad de las personas que forman parte de un grupo por los daños causados por un miembro indeterminado del mismo; responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, etc. [vid. PEÑA LÓPEZ (2011, pp. 41 y ss.); GARCÍA AMADO (2013); MEDINA ALCOZ (2018)].

De otro lado, tampoco es un requisito suficiente. A veces, las personas que han causado un daño en ese sentido fáctico, mediando negligencia incluso, no son consideradas causantes del mismo a los efectos de tener que resarcirlo. Ese criterio fáctico, en la práctica, resulta modulado o, más bien, sustituido por otros de índole jurídica, como los de la «causa eficiente», «causa adecuada», «causa próxima», «imputación objetiva», etc. [v. gr., PANTALEÓN (1991); MIR PUIGPELAT (2000); SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE (2006); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008); PEÑA LÓPEZ (2011)].

Pues bien, varios estudios de AED han ido poniendo de relieve las razones de eficiencia que justifican –y explican– esos supuestos de responsabilidad sin «causalidad fáctica» y de «causalidad fáctica» sin «causalidad jurídica» [vid., por todos, BEN SHAHAR (2009); HYLTON (2016)]. Sirvan dos ejemplos.

En el caso *Berry v. Sugar Notch Borough*<sup>10</sup>, al conductor de un vehículo que circulaba a una velocidad superior a la permitida se le había caído encima un árbol que se hallaba en un estado peligroso como consecuencia de la negligente actuación de la entidad municipal competente para su conservación. El Tribunal Supremo de Pennsylvania estimó que el exceso de velocidad no podía ser considerado una causa del accidente. Y ello a pesar de que, como alegaba la contraparte, la excesiva velocidad a la que conducía la víctima es lo que la había traído al lugar del accidente en el momento en el que éste ocurrió. Según el Tribunal, esta coincidencia fue fruto del «mero azar, y algo que ningún pronóstico hubiera podido predecir. Lo mismo hubiera podido pasarle a un vehículo que circulara lentamente, o también hubiera podido suceder que una velocidad todavía más alta le hubiera llevado a un lugar seguro más allá del árbol» [en el momento en el que éste se desplomó].

En el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de octubre de 2013 (rec. 107/2011), la actora pretendía que el Estado resarciera los daños que le había causado la muerte de su esposo en los atentados terroristas cometidos en Madrid el 11 de marzo de 2004. En una sentencia penal previa, se había declarado como probado el hecho de que «fue la falta absoluta de control sobre los explosivos y detonadores [depositados en Mina Conchita], unida a la connivencia de algunos trabajadores de la mina con [la persona que facilitó los explosivos a los terroristas], lo que propició que se pudieran distraer cantidades relevantes de dinamita», empleadas luego en los atentados. De acuerdo con lo establecido en la normativa vigente, la mina debía haber sido vigilada por agentes de seguridad privada con arreglo a un plan aprobado por la Dirección General de la Guardia Civil. Sin embargo, a pesar de constatar que «no hubo control de los explosivos por parte de la Administración», la Audiencia desestimó la pretensión formulada. De un lado, porque «no [era]

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Pennsylvania de 8 de mayo de 1899 (191 Pa. 345, 43 A. 240).

responsabilidad directa de la Administración la vigilancia permanente de los lugares donde se [almacenasen] explosivos, por lo que no [era] posible reprocharle cualquier actuación ilegal que se [desarrollase] en tales lugares». De otro lado, porque «no concurría el necesario nexo causal entre el hecho lesivo y el daño para que [pudiera] apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración... La causa inmediata y determinante del daño que se [reclamaba] a la Administración (la única acción sin la cual los daños no se habrían sufrido en ningún caso) [era] exclusivamente la voluntad y conducta delictiva de los autores del atentado y no una falta de control sobre los explosivos utilizados».

Nótese que tanto el señor Berry como la Administración estatal actuaron negligentemente, omitieron las medidas de cuidado debidas. Es claro, también, que entre la velocidad excesiva a la que Berry iba circulando y el accidente había un nexo causal fáctico: si aquél hubiera respetado el límite de velocidad, hubiera tardado más en llegar al punto en el que el árbol se desplomó y, por consiguiente, éste no se le hubiera caído encima. En el asunto de Mina Conchita, podría afirmarse, asimismo, la existencia de la «causalidad hipotética» típica de las omisiones: si la Administración hubiera ejercido correctamente sus funciones de vigilancia en relación con la referida Mina, probablemente no se hubieran sustraído de ella los explosivos con los que luego se cometieron los atentados.

Sin embargo, en ambos casos, los Tribunales niegan la existencia de un nexo causal entre la actuación –u omisión– negligente del demandado y el daño sufrido por la víctima, aduciendo para ello argumentos que no terminan de ser plenamente satisfactorios.

En escenarios como éstos cabría aducir algunos de los «criterios de imputación objetiva» formulados originariamente por la doctrina alemana y utilizados también por no pocos autores y Tribunales españoles. La solución de *Berry* se podría explicar en virtud de los criterios del (i) «incremento del riesgo y del (ii) «ámbito de protección de la norma de cuidado». De acuerdo con el primero, para que una conducta –acción u omisión– pueda considerarse «causa jurídica» de un daño –o, si se prefiere decir así, para que éste pueda ser imputado a aquélla– es necesario que dicha conducta incrementara de manera no permitida el riesgo de que ese daño se produjera, y que tal riesgo finalmente se materializara en el resultado dañoso. De acuerdo con el segundo, la infracción de una norma de cuidado cuya finalidad es prevenir determinados daños no puede ser esgrimida para imputar a esa infracción otros resultados dañosos. Nótese que ambos criterios están estrechamente relacionados, hasta el punto de que el segundo es seguramente redundante. Repárese en que el exceso de velocidad considerado en *Berry* incrementaba el riesgo de sufrir ciertos accidentes –por ejemplo, un *choque frontal* con un objeto recién caído en la calzada–, pero no el de que a uno le cayese *encima* un árbol. La probabilidad de tener un accidente de esta última índole es independiente de la velocidad a la que uno circule.

En la sentencia de Mina Conchita, la Audiencia Nacional podía haber esgrimido los criterios de (i) la prohibición de regreso y del (ii) incremento del riesgo, que también guardan una estrecha conexión. De acuerdo con el primero, no cabe «retroceder en el curso causal» e imputar a una conducta negligente los daños ocasionados por la interposición ulterior del comportamiento ilícito y doloso de un tercero. Podría haber argumentado, pues, que no cabía imputar a la falta de control de los explosivos por parte de la Administración un daño que fue directamente causado por la conducta delictiva y dolosa de los terroristas. Además, no es descabellado pensar que esa

falta de control administrativo no incrementó significativamente, desde una perspectiva *ex ante*, el riesgo de que se cometieran atentados terroristas como los de Madrid.

Uno de los problemas que plantean estos y otros criterios de imputación objetiva es que no está en absoluto claro cuál es su fundamento, su justificación, la razón por la cual hay que emplearlos, máxime cuando, como ocurre en España, no han sido previstos por el legislador. Es frecuente que a estos efectos se invoquen simplemente razones de «justicia» y «sentido común». Pues bien, el AED ofrece una buena razón: su aplicación conduce en líneas generales a resultados eficientes.

Desde un punto de vista económico, el criterio fundamental para imputar un daño a una conducta es el del incremento del riesgo, el de si esa conducta, en el momento de realizarse (*ex ante*), elevaba el riesgo del resultado dañoso que finalmente se materializó.

Imaginemos una conducta negligente que *ex ante* aumenta el riesgo de que se produzca el accidente luego considerado por el juez. Pongamos, por ejemplo, que el conductor de un autobús circula con él a una velocidad excesiva, lo que eleva la probabilidad de chocar frontalmente con un árbol caído en la vía pública, evento que finalmente ocurre. Si las personas que se encuentran en una situación como ésta no respondieran de los daños derivados de semejantes accidentes, sus incentivos para respetar los límites de velocidad serían seguramente insuficientes, lo que daría lugar a que el número de aquellos choques fuera demasiado elevado. Es por ello que conviene que se les imputen tales daños.

Pongamos ahora que el árbol impacta sobre el techo del autobús cuando éste circula a una velocidad superior a la socialmente óptima y permitida. Es evidente que el exceso de velocidad no incrementa *ex ante* la probabilidad de sufrir accidentes semejantes. Respetar el límite de velocidad es, por lo tanto, irrelevante a la hora de prevenirlos. Es por ello que no habría que tenerlos en consideración a la hora de fijar dicho límite. De ahí que, en un mundo –imaginario– en el que los conductores y los jueces supieran determinar exactamente cuáles son las medidas de precaución óptimas, exigibles y efectivamente observadas en cada caso, y las eventuales indemnizaciones fueran perfectamente disuasorias, aquéllos actuarían siempre diligentemente, con independencia de que tuvieran que responder o no de estos «extraños» accidentes.

Sin embargo, en el mundo real en que vivimos, donde la información es por lo general imperfecta, resulta económicamente más eficiente que sólo se impute un resultado dañoso a una conducta cuando la realización de la misma incrementa *ex ante* la probabilidad de que aquél se produzca. La explicación, según vimos con detalle en el anterior epígrafe, es que la solución contraria distorsionaría en mayor grado los incentivos de los potenciales responsables para llevar cuidado, pues les induciría a tomar precauciones excesivas, cuyos costes netos esperados excederían de los de las que se adoptarían si se aplicara la regla contraria, o incluso a no realizar una actividad que es socialmente deseable. Además, al excluir estos accidentes de la «esfera de responsabilidad» la sociedad se ahorra los costes de procedimiento en que habría que incurrir para hacer pagar a los «causantes».

Algo similar vale decir respecto de los supuestos de «prohibición de regreso» como los de Mina Conchita. Es muy dudoso que la omisión por parte de la Administración de sus limitadas funciones de control en relación con los explosivos depositados en dicha Mina incrementara significativamente el riesgo de atentados terroristas similares a los de Madrid. Es probable que,

aun en el caso de que la Guardia Civil hubiese verificado la corrección y aprobado el plan de seguridad de la Mina, los terroristas hubiesen conseguido igualmente los explosivos necesarios para llevar a cabo su propósito. Tal vez la omisión de la diligencia debida facilitó algo –muy poco– la comisión, pero los beneficios que se derivarían de prevenir este nimio incremento del riesgo imputando a la Administración tales daños son, seguramente, inferiores a los costes que implicaría la imputación, pues ésta provocaría un enorme exceso de precaución. Así las cosas, es seguramente preferible que el nivel de precaución de la Administración se quede ligeramente corto respecto del óptimo, antes que muy por encima del mismo. Obsérvese, además, que dicha imputación podría tener efectos todavía peores si, por las razones que sean, los agentes que se interponen dolosamente en la producción del daño prefieren que sus costes sean soportados por el autor de la negligencia inicial –v. gr., el Gobierno– en lugar de por las víctimas.

#### 4.6. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho español

La teoría interpretativa-explicativa que GARCÍA DE ENTERRÍA (1956) elaboró en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas establecido por el artículo 121 de [Ley de Expropiación Forzosa de 1954 \(BOE núm. 351, 17.12.1954\)](#), sustancialmente coincidente con el hoy previsto en los artículos 32 y 34 de la [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público](#), gira alrededor de dos grandes ejes. El primero es el carácter objetivo de esa responsabilidad. El segundo es el concepto de «lesión» o «daño antijurídico». La clave para determinar si el Estado ha de responder por un daño no es la corrección o incorrección de la conducta que lo ha causado, sino la antijuridicidad del resultado dañoso en sí. El Estado responde siempre que –y sólo cuando– haya ocasionado un daño antijurídico, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

El incomparable prestigio de GARCÍA DE ENTERRÍA, el clamoroso éxito alcanzado por su *Curso de Derecho administrativo*, donde se recogen sus tesis en esta materia, la enorme potencia de su escuela, así como el hecho de que este profesor participara en la elaboración de aquella Ley y fuera el primero en comentarla monográficamente seguramente explican la influencia que dicha teoría ha ejercido en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Todavía son muy contados los autores y prácticamente inexistentes las sentencias que sostienen opiniones explícitamente contrarias.

Debe notarse, sin embargo, que aquí existe una discrepancia sistemática, profunda y palmaria entre lo que nuestros Tribunales dicen hacer y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para justificar sus decisiones y el contenido de las mismas. En la gran mayoría de ocasiones, a pesar de reproducir una y otra vez la doctrina expuesta, aplican a las Administraciones públicas, *de facto*, un régimen de responsabilidad por culpa: sólo las condenan cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible (MIR PUIGPELAT, 2008).

Para llegar a este resultado, la jurisprudencia española hace un uso masivo de manipulaciones, artificios y eufemismos argumentativos [LETELIER WARTENBERG (2001); MEDINA ALCOZ (2012)]. Un truco muy socorrido consiste en introducir la regla de la responsabilidad por culpa bajo la

máscara del requisito del nexo causal: si el servicio público funcionó normalmente, si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento. Otras veces, simplemente se dice que el criterio de la objetividad ha de modularse en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer allí una excepción. La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste recurrir a la «antijuridicidad del daño» para introducir de tapadillo la responsabilidad por culpa: si el servicio público funcionó normalmente, si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el deber de soportar el daño sufrido, que, por ende, no sería antijurídico.

Esta última manipulación argumentativa viene propiciada por la circularidad del concepto de «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar». Decir que hay que resarcir aquellos daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar es una tautología (GARCÍA AMADO, 2012). Para escapar del razonamiento circular que tal afirmación entraña se necesita otro criterio que permita determinar cuándo existe o no ese deber. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia han conseguido elaborar un criterio general satisfactorio. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que el daño ha de tenerse por antijurídico «en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate». Inicialmente, también afirmaban que «estas causas de justificación [habían] de ser expresas para que [pudieran] ser estimadas y [debían] consistir siempre en un título que [determinase o impusiese] como jurídicamente querido el perjuicio contemplado» (1993, cap. XXI, IV, 2). Sin embargo, la jurisprudencia ha desmentido una y otra vez la supuesta exigencia de que esas causas hayan sido establecidas expresamente por la ley. Así, por ejemplo, ha negado la antijuridicidad de los daños causados por la prestación de asistencia sanitaria o de los sufridos por militares con ocasión del desempeño de sus funciones, si se adoptaron las debidas medidas de cuidado. En estos y otros casos análogos, ninguna disposición legal o reglamentaria impone explícitamente a las víctimas el deber de soportar los daños sufridos. De hecho, los autores citados han acabado rectificando, y ahora dicen que hay responsabilidad «siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado», lo que constituye una fórmula de alcance mucho más amplio. Los autores, además, ponen algunos ejemplos de cuáles pueden ser esas causas (v. gr., el pago de un tributo o «las cargas generales de la vida individual o colectiva»), pero renuncian a formular un criterio abstracto que pueda justificar o explicar su pertinencia (2017, cap. XXI, IV, 3).

En la práctica, el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de «cajón de sastre» (GARCÍA AMADO, 2012) completamente vacío, que los jueces rellenan en función de no sé sabe muy bien qué pautas o intuiciones.

En suma, la teoría tradicional «enterriana» se ajusta como un guante a las razones formalmente empleadas por nuestros jueces contencioso-administrativos en esta materia, pero queda efectiva y sistemáticamente desmentida por el contenido real de sus decisiones que, por lo tanto, no consigue explicar.

Justo lo contrario de lo que hace el AED. Los estudios existentes de AED no permiten, de momento, precisar de manera incontrovertible cuál es la regla preferible en todos y cada uno de los casos imaginables. No obstante, sí que proporcionan razones sólidas por las cuáles cabe

pensar que: (i) la responsabilidad por culpa es, por lo general, la regla más eficiente; y (ii) la responsabilidad objetiva es preferible sólo en algunos casos, principalmente cuando el causante desarrolla una actividad especialmente riesgosa o causa daños de naturaleza «expropiatoria», deliberadamente causados, donde la magnitud de los mismos es inferior al beneficio que se deriva de su causación. Esas razones son también aplicables a las Administraciones públicas. Y las soluciones que sugieren encajan casi perfectamente con las que resultan efectivamente del contenido real de las decisiones de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia: (i) las Administraciones públicas responden normalmente por culpa; (ii) sólo excepcionalmente, cuando llevan a cabo actividades anormalmente peligrosas u operaciones de naturaleza expropiatoria –que imponen un «sacrificio especial a determinadas personas–, responden de manera objetiva (vid. DOMÉNECH PASCUAL, 2010).

#### **4.7. Responsabilidad civil de autoridades y empleados públicos por los daños ocasionados negligentemente en el desempeño de sus funciones**

Aquí tenemos otro ejemplo de discordancia flagrante entre la teoría dominante y la práctica. A pesar de que el legislador español dispone desde hace dos décadas que las Administraciones públicas «exigirán de oficio» a sus autoridades y empleados el resarcimiento de los daños que éstos les hayan ocasionado mediante dolo o negligencia grave, en la práctica casi nunca se exige esta responsabilidad, lo cual ha desatado las críticas de la abrumadora mayoría de nuestra doctrina [vid. las referencias en DOMÉNECH PASCUAL (2009); FORTES GONZÁLEZ (2014)].

Esta constante práctica se estima objetable, de un lado, porque los contribuyentes no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas gravemente irregulares de los agentes de la Administración y, de otro, porque debilita los incentivos que éstos tienen para prevenir los daños en cuestión. Es posible que en estas críticas haya influido también una idea emparentada con la teoría de la justicia correctiva: la de que de un daño ha de responder la persona que lo ha causado. Bien está que, en garantía de las víctimas, éstas puedan reclamar frente a la correspondiente Administración el resarcimiento de los daños ocasionados por sus autoridades y empleados públicos. Pero ésta no debe soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de tales daños, de los que en última instancia han de responder sus autores (vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2017, XXI, IV, 6).

El AED explica una vez más la tozuda realidad. No es económicamente deseable que las autoridades y empleados al servicio de la Administración respondan civilmente por los daños causados de manera negligente en el ejercicio de sus tareas públicas (vid. DOMÉNECH PASCUAL, 2009). Por de pronto, si aquéllos se vieran obligados a responder, muy probablemente reaccionarían adoptando precauciones excesivamente costosas; tenderían a escoger aquellas alternativas de actuación que minimizan los eventuales daños resarcibles, en lugar de las más convenientes para los intereses públicos. Por otro lado, para que la Administración pudiera reclutar agentes igualmente cualificados, debería pagarles una prima salarial que les permitiera contratar un seguro que cubriera esa responsabilidad. Pues bien, a la Administración le sale más barato asumir directamente el coste de no hacerles responder que subirles el sueldo para que les asegure una empresa privada. Los contribuyentes nos ahorramos los costes que engendraría la



gestión de los contratos de seguro y el correspondiente beneficio empresarial. Además, la Administración puede reducir más eficientemente que las compañías de seguros el «riesgo moral» que para el personal a su servicio supone estar de hecho asegurado (ora porque ha contratado un seguro ora porque *de iure* o *de facto* no se le exige responsabilidad civil). Para forzarles a actuar diligentemente cuenta con otros instrumentos, tales como sus potestades de dirección, inspección y sanción.

### ***5. Amplitud, simplicidad, poder unificador y coherencia (interna y externa) de las explicaciones ofrecidas por el AED***

Ya hemos ilustrado con algunos ejemplos cómo el AED proporciona explicaciones del Derecho de daños *realmente practicado* más exactas que otras teorías alternativas. Las predicciones, consecuencias e inferencias que se desprenden del AED se ajustan a las observaciones de la realidad jurídica mucho mejor que las de esas otras teorías. Ahora interesa poner de relieve que la teoría explicativa suministrada por el AED es también más amplia, consistente, simple, unificadora y fecunda.

El AED aspira a proporcionar justificaciones y explicaciones plausibles para prácticamente cualesquiera reglas jurídicas, cualesquiera que sean su relevancia y su ámbito de aplicación. De hecho, son miles los trabajos que han ido poniendo de manifiesto la racionalidad económica que subyace en multitud de reglas e instituciones jurídicas. Los pioneros del AED, al ser los primeros en pisar un terreno totalmente virgen e inexplorado, pudieron ocuparse originalmente de los problemas científicamente más apetecibles: los planteados por las reglas e instituciones centrales del sistema jurídico. Posteriormente, como las posibilidades de producir grandes innovaciones en estos temas basilares se han ido reduciendo según ha ido pasando el tiempo y más autores los han visitado, las nuevas generaciones de juristas-economistas se han visto en la necesidad de cavar más profundamente, de descender a cuestiones cada vez más concretas y sofisticadas, de incorporar análisis empíricos, al margen de seguir reflexionando sobre aquellas cuestiones de gran calado. Con los años, la profundidad, la precisión, el rigor empírico, la sofisticación y la amplitud de los estudios de AED han alcanzado niveles muy superiores a los de los trabajos elaborados en el marco de teorías alternativas, como la de la justicia correctiva. Y las diferencias siguen aumentando.

Los conceptos clave empleados por esas teorías alternativas –v. gr., «diligencia de un buen padre de familia», «diligencia de un hombre razonable», «daño injusto» o «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar»– adolecen de una extraordinaria vaguedad, que los hace prácticamente inservibles para orientar o determinar, por sí mismos, la resolución de problemas complicados o cuestiones nuevas, que desafían las prácticas observadas hasta la fecha (KRAUS, 2007). De estas teorías y conceptos tradicionales, que los Tribunales sacan a pasear frecuentemente en la motivación de sus sentencias, difícilmente se pueden derivar reglas claras, precisas y consistentes sobre los complejos problemas que plantean, por ejemplo: la contribución de varias personas a la producción de un daño; la existencia de incertidumbre acerca del nexo causal; la relevancia del aseguramiento, público o privado, de los daños; la pérdida de una oportunidad; los llamados daños punitivos; la responsabilidad por daños medioambientales; los

daños causados a través de internet; las decisiones automatizadas; los daños masivos; las acciones de clase, etc. (en sentido similar, *mutatis mutandis*, RUSTAD, 2013).

El análisis económico, en cambio, sí que suministra pautas más claras y precisas –v. gr., la de la eficiencia– para dar cuenta de las normas y los problemas jurídicos que en este y otros ámbitos han surgido o están surgiendo (KRAUS, 2007). El AED proporciona explicaciones y justificaciones válidas no sólo para la realidad social existente cuando fue originariamente diseñado, sino también para fenómenos nuevos.

El AED, además, ofrece explicaciones relativamente simples y unificadoras. La hipótesis central de que el Derecho tiende en buena medida a ser eficiente, por ejemplo, es sumamente sintética, a pesar de su enorme potencia explicativa.

Finalmente, debe ponerse de relieve que las teorías ofrecidas por el análisis económico del Derecho y, en particular, del Derecho de daños son extraordinariamente consistentes, no sólo consigo mismas, sino también con otras muchas relativas a materias aparentemente lejanas.

Su *coherencia interna* es, en efecto, muy elevada. La referida hipótesis de que el Derecho de daños tiende a ser, en gran medida, eficiente es perfectamente coherente con las teorías que explican que bajo determinadas circunstancias el Derecho realmente aplicado evolucionará hacia la eficiencia, mientras que en otras condiciones no se producirá tal resultado.

Y su *coherencia externa* es, desde luego, mucho mayor que la de las teorías alternativas. La de la justicia correctiva, por ejemplo, no ofrece una explicación del Derecho privado convergente con la del Derecho público. Se dice que aquella primera esfera del ordenamiento jurídico se inspira en la idea de justicia correctiva mientras que la segunda viene informada por el principio de justicia distributiva, pero no termina de explicarse a qué obedece esta diferencia. ¿Por qué, por ejemplo, en Derecho privado no han de tenerse en cuenta consideraciones distributivas? ¿Por qué, en la práctica, la responsabilidad civil extracontractual de los poderes públicos se ajusta sustancialmente a las mismas reglas que la de los sujetos privados?

La hipótesis de la eficiencia, si bien fue formulada inicialmente respecto del Derecho privado, puede valer también para otras esferas del ordenamiento jurídico, en la medida en que también en ellas hay mecanismos que propician que se adopten y apliquen reglas jurídicas relativamente eficientes, como de hecho el AED ha puesto de relieve [v. gr., en relación con el Derecho penal, GAROUPA (2009); en relación con el Derecho procesal, SANCHIRICO (2012)]. Además, y como seguidamente vamos a ver, el AED converge incluso con teorías forjadas en ramas del conocimiento aparentemente muy alejadas de las que se ocupan de estudiar los fenómenos jurídicos, pero tan abrumadoramente robustas como las desarrolladas por los biólogos para explicar las características en general y el comportamiento en particular de todos los seres vivos, lo que los operadores jurídicos, a fin de cuentas, no dejan de ser. Nos referimos a las teorías evolutivas. Debe subrayarse que éstas, en las últimas décadas, ya han proporcionado explicaciones plausibles acerca de los orígenes, la configuración y los contenidos de algunos sistemas de creencias y normas, como las de tipo moral y social, muy cercanas a las jurídicas (v. gr., FITZPATRICK, 2016). No hay razones convincentes para pensar que los juristas somos los únicos seres vivos cuya conducta la selección natural y la evolución no han conseguido moldear.

## 6. Explicación del poder explicativo del AED

¿Cómo es posible que las reglas que integran el Derecho de daños, tal como son interpretadas y aplicadas en la realidad, se correspondan en gran medida y objetivamente con las reglas que según el AED inducen comportamientos eficientes? Esta correspondencia resulta un tanto sorprendente y enigmática a la vista de que: (i) casi todas esas reglas surgieron mucho antes de que naciera el AED; (ii) prácticamente ningún operador jurídico utiliza explícitamente los modelos teóricos o los conceptos proporcionados por el AED para crear, interpretar o aplicar dichas reglas; es más, en comunidades jurídicas como la española, casi nadie los conoce.

### 6.1. ¿Gusto de los jueces por la eficiencia?

Para defender su tesis de la eficiencia del *common law*, Richard POSNER aducía que los jueces muestran una cierta preferencia por la eficiencia (POSNER, 1992, § 19.2, pp. 523 y 524). Se trata de una explicación cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque es muy difícil de verificar. En segundo lugar, porque no aclara cuál es la causa de esa preferencia. En tercer lugar, porque no da cuenta de por qué en algunos periodos históricos y países la jurisprudencia parece ajustarse a lo que requiere la eficiencia económica, mientras que en otras épocas y lugares no puede afirmarse lo mismo (ZYWICKI, 2003, p. 1563). Y, finalmente, porque el hecho de que los jueces -vamos a suponer- tengan tal preferencia no implica que sus decisiones sean realmente eficientes, habida cuenta de la extrema dificultad que para cualquiera y desde luego para ellos entraña determinar exactamente los costes y beneficios sociales de las mismas (RIZZO, 1980).

### 6.2. Excurso: la eficiencia de las conductas humanas (y no humanas) en ámbitos distintos del jurídico

Antes de considerar otras hipótesis, conviene que reparemos en que también en esferas de la conducta humana diferentes de la jurídica ocurre algo parecido: muchas prácticas se corresponden *de hecho* en gran medida con las pautas que según la teoría económica deberían observarse a fin de maximizar la satisfacción de sus intereses, a pesar de que las personas que las llevan a cabo no utilizan explícitamente dicha teoría, o incluso la desconocen por completo.

Por ejemplo, varios estudios empíricos han mostrado que la estrategia que los jugadores profesionales de fútbol utilizan normalmente para lanzar penaltis se ajusta mucho a la compleja estrategia que de acuerdo con la rama de las matemáticas conocida como «teoría de juegos» permite maximizar la utilidad esperada de tales lanzamientos, pese a que es muy improbable que dichos deportistas conozcan o incluso hayan oído hablar alguna vez de esa teoría [CHIAPORI, LEWITT y GROSECLOSE (2002); PALACIOS-HUERTA (2003)]. Conviene notar, con todo, que, si bien las estrategias utilizadas pueden considerarse *grosso modo* racionales, no siempre coinciden perfectamente con las que maximizarían esa utilidad esperada. A veces incurren en sesgos o desviaciones respecto de lo que un *homo oeconomicus* haría. En algún trabajo se muestra, por ejemplo, por qué los porteros se tiran con excesiva frecuencia hacia los lados y escogen

demasiado poco la opción consistente en quedarse en el centro de la portería. La explicación es que tirarse es el comportamiento normal y esperable, por lo que la sensación de arrepentimiento que se desprende de un resultado negativo (recibir un gol) cuando el portero ha observado ese comportamiento es menos intensa que la sensación análoga experimentada cuando se obtiene el mismo resultado de resultados de un comportamiento anormal (quedarse quieto), del que es más fácil arrepentirse. Y los porteros tratarían de minimizar en la medida de lo posible esa sensación de remordimiento [BAR-ELI, AZAR, RITOV, KEIDAR-LEVIN y SCHEIN (2007); en KOVASH y LEVITT (2009) se advierten otras desviaciones en otros deportes].

Análogamente, varios estudios empíricos han observado comportamientos parecidos en animales no humanos. Numerosos experimentos a través de los cuales se testaban teorías económicas, algunas de ellas muy sofisticadas, han permitido apreciar que el comportamiento de los animales «se ajusta a los principios elementales de la teoría económica», lo cual no debería sorprender a la vista de la circunstancia, bien establecida por la psicología y la biología conductual, de que existe una cierta continuidad psicológica y fisiológica entre distintas especies (KAGEL, BATTALIO y GREEN, 1995, pp. 2 y 3). Se ha constatado experimentalmente, por ejemplo, cómo los cerdos que integraban una piara adoptaban la misma sofisticada estrategia que un especialista en teoría de juegos hubiese utilizado para maximizar la cantidad de alimento ingerido (BALDWIN y MEESE, 1979). Nada hace pensar que los cerdos conocieran y aplicaran conscientemente esta teoría, pero lo cierto es que se comportaban como si fueran grandes expertos en ella.

También en estudios observacionales realizados en el medio natural se ha comprobado cómo todo tipo de animales –avispa, peces, babuinos, etc.– llevan a cabo conductas que se parecen mucho a las que desarrollaría un sofisticado maximizador racional de sus fines y que los manuales de universitarios de economía suelen describir mediante complicados modelos matemáticos (GRINSTED y FIELD, 2017). Se ha observado, también, la existencia de «mercados biológicos», donde individuos pertenecientes a la misma o incluso a diferentes especies realizan «transacciones» y comportamientos cooperativos muy similares a los que llevan a cabo los humanos [NOË, VAN SCHAİK y VAN HOOFF (1991); NOË y HAMMERSTEIN (1994)].

E igualmente debe notarse que los animales no humanos tampoco se comportan siempre de manera perfectamente «racional». También ellos incurren en sesgos e «irracionalidades» muy parecidas a las que afectan a nuestras decisiones [LAKSHMINARAYANAN, CHEN y SANTOS (2008 y 2011); CHEN, LAKSHMINARAYANAN y SANTOS (2006); SANTOS y CHEN (2009)].

La explicación más plausible de la índole (aproximadamente) racional y eficiente de todas estas conductas es que la misma ha sido propiciada por la selección natural, pues los animales, humanos y no humanos, que se comportan eficientemente cuentan seguramente con mayores probabilidades de sobrevivir que los que actúan de otra manera. Es más, los sesgos y las «irracionalidades» que afectan a su comportamiento seguramente pueden explicarse también en términos evolutivos y de eficiencia. Los mecanismos heurísticos, «limitadamente racionales» y generadores de «sesgos» que guían la conducta de los animales no deben verse necesariamente como «defectos», sino más bien como «ventajas». Han funcionado como instrumentos que les han permitido, en las circunstancias en las que les ha tocado desenvolverse y teniendo en cuenta sus limitaciones biológicas para procesar información, tomar decisiones que *en líneas generales* se han revelado acertadas, relativamente eficientes, en la medida en que les han llevado a sobrevivir, sin

perjuicio de que bajo ciertas condiciones tales mecanismos puedan hacerles cometer «errores» de fatales consecuencias.

### 6.3. Explicaciones evolutivas

A la vista de lo expuesto, no es descabellado pensar que mecanismos selectivos y evolutivos análogos han propiciado que las decisiones de los operadores jurídicos tiendan en líneas generales a ser eficientes, al menos hasta cierto punto. Estos mecanismos pueden haber operado en tres planos diferentes.

En primer lugar, en el *individual-biológico*. Es razonable pensar que la selección natural ha «inducido» en los seres humanos y, por lo tanto, también en los operadores jurídicos la querencia a tomar decisiones en cierta medida eficientes, racionales, que les permitan aprovechar sus limitados recursos para satisfacer en un elevado grado sus necesidades y, a la postre, poder sobrevivir. La hipótesis de que los juristas, como consecuencia de su singular «sofisticación» o de alguna otra circunstancia que no alcanza a adivinarse, son los únicos seres vivos inmunes a la eficiencia así entendida, en los que esta tendencia no se manifiesta, resulta de todo punto inverosímil.

En segundo lugar, la *competencia entre organizaciones sociales* puede haber generado también un proceso selectivo. Cabe pensar que los grupos humanos que se dan normas jurídicas eficientes tienen, *ceteris paribus*, mejores perspectivas de prosperar, expandirse, perdurar e imponerse a otros que los que se rigen por normas ineficientes. En esta línea, se ha notado cómo la «competencia entre sistemas legales nacionales» puede propiciar que las soluciones que los mismos dan a determinados problemas converjan hacia la eficiencia. Las personas muestran una cierta querencia a establecerse en aquellos países, a elegir aquellos sistemas legales, que mejor atienden sus intereses. Ello determinará que los Estados, en la medida en que pretendan atraer a los mejores «clientes», traten de ofertar reglas jurídicas que satisfagan óptimamente las necesidades de éstos, lo que determinará que las reglas jurídicas económicamente ineficientes tiendan a desaparecer (OGUS, 1999).

En tercer lugar, la *litigación selectiva* puede haber tenido un efecto evolutivo semejante sobre las normas jurídicas. Se ha sostenido que lo que hace evolucionar el *common law* [vale decir, el Derecho de origen judicial] hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual deciden en qué casos litigan. Es más, la litigación selectiva puede hacer que el *common law* evolucione hacia la eficiencia incluso cuando los jueces muestran un cierto sesgo en contra de la misma (MICELI, 2009). Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que éstos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas [RUBIN (1977); PRIEST (1977); TERREBONNE (1981)]. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de las mismas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatirlas (GOODMAN, 1978). Las normas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de

perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo (COOTER y KORNHAUSER, 1980).

La tesis de la litigación selectiva ha sido objeto, a su vez, de copiosas puntualizaciones, objeciones y críticas. Se ha puesto de relieve, especialmente, que la evolución hacia la eficiencia depende de la concurrencia de ciertas condiciones que no tienen por qué darse siempre. Se ha señalado, por ejemplo, que si en un determinado tipo de casos los intereses en juego son *asimétricos*, de manera que una de las partes tiene típicamente mayor interés que la otra en sentar un precedente para el futuro –por ejemplo, porque aquélla pleitea repetidamente en asuntos semejantes, mientras que la contraparte litiga muy ocasionalmente–, la jurisprudencia tenderá a evolucionar en sentido favorable a la primera, en tanto en cuanto a la misma le resultará más rentable invertir más recursos para litigar contra los precedentes que le perjudican y defender los que le benefician (RUBIN, 1977 pp. 55 y ss.; 1982, pp. 205 y ss.). El sentido de los precedentes, en realidad, tiende a evolucionar en favor de los litigantes más poderosos, que mejor saben organizarse en defensa de sus intereses y mayores recursos son capaces de movilizar en contra de las reglas jurisprudenciales que les perjudican y a favor de las que les benefician (HIRSHLEIFER, 1980).

Se ha señalado, también, que sólo una muy pequeña porción del conjunto de todas las disputas jurídicas se resuelve ante los Tribunales, y que esa muestra no tiene por qué ser representativa del conjunto entero (PRIEST y KLEIN, 1984). Es más, resulta muy probable que no lo sea, pues los eventos y conflictos extraordinarios, salientes, mediáticos y no representativos tienen una probabilidad desproporcionadamente elevada de engendrar litigios y de determinar el contenido del Derecho de origen judicial (SCHAUER y ZECKHAUSER, 2011). Adicionalmente, los beneficios y costes que los afectados tienen para litigar pueden no coincidir –de hecho, por lo general no coinciden– con los costes y beneficios sociales que de esta actividad se derivan, en cuyo caso puede ocurrir que se pleitee excesivamente o demasiado poco, o que no se litigue en casos en los que la litigación sería socialmente deseable a fin de que los Tribunales establecieran ciertos precedentes vinculantes (SHAVELL, 1997). Todo lo cual puede propiciar que las reglas judiciales resultantes establezcan soluciones no eficientes, desequilibradas, escoradas hacia un lado de la balanza (HADFIELD, 1992).

Otros autores han advertido que el derecho de origen judicial tiende a evolucionar en favor de aquellos litigantes –normalmente, los actores– que pueden ejercer un mayor control sobre el nacimiento del pleito y sobre la determinación del órgano competente para conocer del mismo. Los jueces gozan normalmente de un margen de apreciación, más o menos amplio, a la hora de aplicar la ley. Y sus circunstancias personales –v. gr., ideológicas– determinan en cierta medida el sentido de las decisiones que adoptan dentro de ese margen. Hay así jueces que simpatizan más con las posiciones de los demandantes que con las de los demandados (o viceversa) y que, por lo tanto, son, *ceteris paribus*, más proclives a estimar las pretensiones de los primeros que a hacer lo propio con las de los segundos (o viceversa). Los justiciables, además, pueden acabar detectando si un determinado juez tiene una cierta inclinación «pro-demandante» o «pro-demandado». Así las cosas, es natural que aquellos justiciables que tienen mayor capacidad de provocar un pleito y de elegir el correspondiente fuero –por lo general, los actores– tiendan a litigar más frecuentemente ante aquellos jueces que se hayan mostrado más favorables a sus posturas. El resultado es que tales jueces conocerán, *ceteris paribus*, de un número mayor de asuntos que sus

restantes colegas y, por lo tanto, asumirán un papel exageradamente relevante en la creación judicial del Derecho, cuyas normas, a largo plazo, reflejarán sus sesgos, evolucionando en un sentido favorable a las referidas posturas [FON y PARISI (2003); el estudio histórico de KLERMAN (2007) aporta datos que corroboran esta hipótesis].

También se ha puesto de relieve que, al igual que sucede en el mundo biológico, las circunstancias en que se originan las normas jurídicas, la fuerza de la inercia y los sucesos accidentales sobrevenidos pueden impedir que éstas evolucionen hacia la perfecta eficiencia. El hecho de que una norma esté vigente no siempre trae causa de que es la que más eficientemente resuelve un determinado problema. A veces su vigencia obedece a otros factores, tales como: las peculiares condiciones iniciales en que surgió; la inercia; o una cadena de acontecimientos que provocaron que se impusiera en el pasado (*path dependence*), a veces en detrimento de otra regla cuya aplicación arrojaría hoy mejores resultados, si no fuera por los significativos costes de transición que se derivarían del cambio normativo (ROE, 1996).

En esta línea, GAROUPA y GÓMEZ LIGÜERRE (2012) han llamado la atención sobre el hecho, sumamente significativo, de que los diversos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del *common law* hayan evolucionado, desde un mismo tronco común, hacia soluciones notablemente divergentes en muchos puntos. Podría pensarse que todas ellas son eficientes, que constituyen las mejores respuestas a las diferentes condiciones sociales bajo las que se han desarrollado los correspondientes sistemas jurídicos. O, por el contrario, que sólo una de aquéllas lo es mientras que las otras no lo son, pues varios factores pueden impedir que un sistema avance por el camino de la eficiencia: una excesiva polarización de la judicatura, las presiones de grupos de interés, la debilidad del precedente judicial, etc. La hipótesis más verosímil es que en algunos ámbitos ocurre lo primero –se llega a múltiples puntos de equilibrio, en función de las particulares circunstancias– y en otros lo segundo –aparecen soluciones desequilibradas–. Parece, en cualquier caso, ciertamente dudoso que el *common law* haya de engendrar siempre resultados inexorablemente eficientes, con independencia del contexto.

Análogamente, ZYWICKI (2003) ha señalado que la eficiencia económica de las clásicas reglas del *common law* se explica en buena medida por el marco institucional existente durante el periodo histórico en el que las mismas se originaron. La concurrencia de varias condiciones legales e institucionales –básicamente: la fragilidad del precedente judicial, la existencia de una cierta competencia entre jurisdicciones y el protagonismo del Derecho dispositivo y la costumbre– hizo posible que tal fenómeno tuviera lugar. La ulterior desaparición de ese concreto marco determinó que las reglas jurisprudenciales resultantes ya no fueran tan eficientes.

En suma, el contenido del Derecho de origen judicial puede evolucionar en un sentido u otro en función de diversas circunstancias, a veces irrelevantes a primera vista. No obstante, la litigación selectiva, combinada con factores tales como la competencia entre ordenamientos jurídicos, puede propiciar, desde luego, que las reglas jurídicas que tiendan a imponerse en el largo plazo sean las que más eficientemente resuelven los problemas de que se trata.

Repárese, finalmente, en que esos mecanismos selectivos inductores de la eficiencia pueden afectar, en mayor o menor grado: (i) no sólo a las normas de origen judicial, sino también a las dictadas por los poderes legislativo y ejecutivo; también éstas, en muchos ordenamientos jurídicos, son susceptibles de ser impugnadas ante los Tribunales (v. gr. constitucionales y

contencioso-administrativos) y anuladas por ellos; y (ii) no sólo a las normas de Derecho privado, sino también a las de Derecho público.

### **7. El problema del punto de vista interno**

No nos parece que una buena teoría explicativa del Derecho tenga necesariamente que construirse con los mismos –o similares– conceptos y argumentos explícitamente esgrimidos por los sujetos que en la práctica lo interpretan, aplican y desarrollan (véase, también, JIMÉNEZ, 2018, cap. 1), sobre todo si el Derecho realmente practicado no se corresponde con aquéllos ingredientes, lo que en no pocas ni irrelevantes ocasiones ocurre, como hemos visto. Lo que sí debería explicar una teoría tal es: (i) cómo puede existir una persistente discordancia entre el Derecho realmente practicado y las estructuras conceptuales y argumentativas expresamente empleadas en la práctica jurídica; y (ii) por qué el hecho de que muchos individuos no utilicen de manera explícita o incluso desconozcan el AED no impide que el contenido de las decisiones adoptadas en la esfera de la práctica jurídica se ajuste en gran medida al mismo.

Una respuesta plausible para ambas cuestiones es que la indeterminación de los conceptos clave de las teorías tradicionales –v. gr., «diligencia de un hombre razonable», «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar» y «nexo causal»– dejan a los operadores jurídicos un enorme margen de discrecionalidad, lo que propicia que éstos puedan interpretarlos y aplicarlos conforme a las intuiciones y contenidos relativamente eficientes determinados por los mecanismos y procesos evolutivos antes expuestos (KRAUS, 2007). Eso explicaría también por qué, con cierta frecuencia, los Tribunales de distintos países, pertenecientes incluso a culturas diversas, dan a problemas sociales sustancialmente idénticos soluciones jurídicas muy semejantes, a pesar de utilizar disposiciones normativas, conceptos, razonamientos e idiomas bien diferentes.

### **8. Importancia del conocimiento y la utilización explícita del AED por los operadores jurídicos**

A diferencia de otros seres vivos, los humanos tienen la capacidad de entender en mayor o menor grado las teorías científicas que pretenden comprender, predecir, justificar o dar cuenta de su comportamiento. En particular, los sujetos que en la práctica interpretan, aplican y crean normas jurídicas pueden entender, al menos hasta cierto punto, el AED. Y, como hemos defendido en otro trabajo, también pueden emplearlo, tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*. Es más, en ocasiones están obligados a ello (DOMÉNECH PASCUAL, 2014).

Cabe suponer que el hecho de que estos sujetos conozcan y utilicen abiertamente el AED influirá sobre su conducta y, en especial, sobre el desempeño de aquellas tareas jurídicas prácticas. Así lo indica algún estudio empírico<sup>11</sup>. Entra dentro de lo razonable esperar, cuando menos, que la

---

<sup>11</sup> En ASH, CHEN y NAIDU (2018) se muestra cómo los numerosos jueces americanos que recibieron alguno de los cursos de formación en *Law and Economics* impartidos por la George Mason University (famosa por su ideología libertaria-conservadora) durante los años 1976-1999 incrementaron el uso del lenguaje económico, dictaron más decisiones contrarias a las agencias reguladoras y decisiones más conservadoras en asuntos de índole económica e impusieron penas más severas.



eficiencia de sus decisiones se incrementará. Si, por ejemplo, los jueces conocen y se sirven ahora del AED para comprender mejor el impacto real que sus resoluciones pueden tener respecto de ciertos intereses legítimos, a la hora de aplicar una disposición legislativa que obliga a tenerlos en cuenta, seguramente podrán tomar decisiones que los realicen efectivamente en mayor medida que antes, cuando lo ignoraban.

## 9. Bibliografía citada

Elliot ASH, Daniel L. CHEN y Suresh NAIDU (2018), «Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice», Working Paper.

BALDWIN, B. A. y MEESE, G. B. (1979), «Social behaviour in pigs studied by means of operant conditioning», *Animal Behaviour*, vol. 27, núm. 3, 1979, pp. 947-957.

Michael BAR-ELI, Ofer H. AZAR, Ilana RITOV, Yael KEIDAR-LEVIN y Galit SCHEIN (2007), «Action bias among elite soccer goalkeepers: The case of penalty kicks», *Journal of Economic Psychology*, vol. 28, núm. 5, pp. 606-621.

Guido CALABRESI (2013), «Civil Recourse Theory's Reductionism», *Indiana Law Journal*, vol. 88, núm. 2, pp. 449-468.

M. Keith CHEN, Venkat R. LAKSHMINARAYANAN y Laurie R. SANTOS (2006), «How Basic Are Behavioral Biases? Evidence from Capuchin Monkey Trading Behavior», *Journal of Political Economy*, vol. 114, núm. 3, pp. 517-537.

P. A. CHIAPORI, S. LEWITT y T. GROSECLOSE (2002), «Testing Mixed-Strategy Equilibria When Players Are Heterogeneous: The Case of Penalty Kicks in Soccer», *American Economic Review*, vol. 92, núm. 4, pp. 1138-1151.

Jules COLEMAN (2001), *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford.

Robert COOTER y Lewis KORNHAUSER (1980), «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», *Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 1, pp. 139-163.

Giuseppe DARI MATTIACCI y Francesco PARISI (2004), «The cost of delegated control: vicarious liability, secondary liability and mandatory insurance», *International Review of Law and Economics*, vol. 23, pp. 453-475.

Gerrit DE GEEST (2001), «Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Legal Doctrines», en Bruno DEFFAINS y Thierry KIRAT (eds.), *Law and Economics in Civil Law Countries. Vol. 6. The Economics of Legal Relationships*, Elsevier, Amsterdam, pp. 107-124 (hay traducción al castellano de Hugo ACCIARRI, publicada como «Law & Economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas», *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, número especial sobre «Derecho y Economía», 17 de mayo de 2006).

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 103-159.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por

actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 179-231.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012), «Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 59-86.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2014), «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 99-133.

William J. FITZPATRICK (2016), «Morality and Evolutionary Biology», en Edward N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/morality-biology/>).

Vincy FON y Francesco PARISI (2003), «Litigation and the evolution of legal remedies: A dynamic model», *Public Choice*, vol. 116, pp. 419-433.

Ana Isabel FORTES GONZÁLEZ (2014), *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, INAP, Madrid.

Juan Antonio GARCÍA AMADO (2012), «Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño contractual», *Dura Lex*, 1 de mayo de 2012 (<http://garciamado.blogspot.com/2012/05/sobre-la-antijuridicidad-como.html>).

Juan Antonio GARCÍA AMADO (2013), «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 65-142.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1956), *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.

Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008), *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada.

Nuno GAROUPA (2009) (ed.), *Criminal Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham.

Nuno GAROUPA y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2012), «The Evolution of the Common Law and Efficiency», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 40, núm. 2, pp. 307-340.

Nuno GAROUPA, Marian GILI y Fernando GÓMEZ-POMAR (2012), «Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, núm. 4, pp. 795-826.

John C. P. GOLDBERG y Benjamin C. ZIPURSKY (2010), *Torts*, Oxford University Press, Oxford.

Esther GÓMEZ CALLE (2014), «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en L. Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (eds.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor.

Esther GÓMEZ CALLE (2016), «Comentario al artículo 1903», en A. CAÑIZARES LASO, P. de PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código Civil comentado*, vol.

IV, Civitas, Madrid, 2016.

John C. GOODMAN (1978), «An Economic Theory of the Evolution of the Common Law», *Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 2, pp. 393-406.

Mark F. GRADY (1983), «A New Positive Economic Theory of Negligence», *Yale Law Journal*, vol. 92, núm. 5, pp. 799-829.

Lena GRINSTED y Jeremy FIELD (2017), «Market forces influence helping behaviour in cooperative breeding paper wasps», *Nature Communications* 8, 13750.

Gillian K. HADFIELD (1992), «Bias in the Evolution of Legal Rules», *Georgetown Law Journal*, vol. 80, pp. 583-616.

Keith N. HYLTON (2008), «A Positive Theory of Strict Liability», vol. 4, núm. 1, *Review of Law and Economics*, pp. 153-181.

Keith N. HYLTON (2014), «Information and Causation in Tort Law: Generalizing the Learned Hand Test for Causation Cases», *Journal of Tort Law*, vol. 7, pp. 35-64.

Keith N. HYLTON (2016), *Tort Law. A Modern Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.

Jack HIRSHLEIFER (1980), «Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies», *UCLA Economics Working Papers*, núm. 170.

Felipe JIMÉNEZ (2018), *The Pluralism of Contract: A Theory of Contract Law*, Tesis doctoral, New York University, New York City.

John H. KAGEL, Raymond C. BATTALIO y Leonard GREEN (1995), *Economic choice theory: an experimental model of animal behavior*, Cambridge University Press, Cambridge.

Louis KAPLOW (1992), «Rules versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, vol. 42, pp. 557-629.

Avery Wiener KATZ y Chris William SANCHIRICO (2012), «Fee Shifting», en Chris William SANCHIRICO (ed.), *Procedural Law and Economics*, Edward Edgar, Cheltenham, pp. 271-307.

Gregory C. KEATING (2014), «Strict Liability Wrongs», en John OBERDIEK (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 292-311.

Daniel KLERMAN (2007), «Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law», *University of Chicago Law Review*, vol. 74, pp. 1179-1226.

Bernard A. KOCH (2007), «The “Principles of European Tort Law”», *ERA Forum. Journal of the Academy of European Law*, 8:7, pp. 107-124.

L. A. KORNHAUSER (1982), «An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents», *California Law Review*, vol. 70, pp. 1345 y ss.

Russell B. KOROBKIN (2000), «Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited», *Oregon Law Review*, vol. 79, pp. 25-59.

Kenneth KOVASH y Steven D. LEVITT (2009), «Professionals Do Not Play Minimax: Evidence from Major League Baseball and the National Football League», *NBER Working Papers* 15347.

Thomas S. KUHN (1977), *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press, Chicago.

Venkat R. LAKSHMINARAYANAN, M. Keith CHEN y Laurie R. SANTOS (2011), «The Evolution of decision-making under risk: Framing effects in monkey risk preferences», *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 47, pp. 689-693.

Venkat R. LAKSHMINARAYANAN, M. Keith CHEN y Laurie R. SANTOS (2008), «Endowment effect in capuchin monkeys», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, vol. 363, pp. 3837-3844.

Raúl LETELIER (2001), «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, pp. 63-79.

Stephen V. MARKS (1994), «Discontinuities, Causation, and Grady's Uncertainty Theorem», *Journal of Legal Studies*, vol. 23, pp. 287-301.

Miquel MARTÍN CASALS (2005), «Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil"», *InDret*, 2/2005.

Luis MEDINA ALCOZ (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.

Luis MEDINA ALCOZ (2018), *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid.

Thomas J. MICELI (1996), «Cause in Fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence», *International Review of Law and Economics*, vol. 16, pp. 473-482.

Thomas J. MICELI (2009), «Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent», *Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm. 1, pp. 157-168.

Oriol MIR PUIGPELAT (2000), *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid.

Oriol MIR PUIGPELAT (2008), «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, pp. 629-652.

Ronald NOË, Carel P. VAN SCHAIK y Jan. A. R. A. M. VAN HOOFF (1991), «The Market Effect: an Explanation for Pay-off Asymmetries among Collaborating Animals», *Ethology*, vol. 87, pp. 97-118.

Ronald NOË y Peter HAMMERSTEIN (1994), «Biological markets: supply and demand determine the effect of partner choice in cooperation, mutualism and mating», *Behavioral Ecology and Sociobiology*, vol. 35, núm. 1, pp. 1-11.

Anthony OGUS (1999), «Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 2, pp. 405-418.

Nathan B. OMAN, «The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages», *Washington and Lee Law Review*, vol. 64, pp. 829-875.

- Ignacio PALACIOS-HUERTA (2003), «Professionals Play Minimax», *Review of Economic Studies*, vol. 70, núm. 2, pp. 395-415.
- Diego M. PAPAYANNIS (2009), «El enfoque económico del Derecho de daños», *Doxa*, núm. 32, pp. 459-496.
- Diego M. PAPAYANNIS (2012), «Derechos y deberes de indemnidad», *Doxa*, núm. 35, pp. 691-716.
- Diego M. PAPAYANNIS (2014), «Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments», *Legal Theory*, vol. 20, pp. 210-252.
- Fernando PEÑA LÓPEZ (2011), *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Posner, RICHARD A. (1992), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston.
- Posner, RICHARD A. (2013), «Instrumental and Noninstrumental Theories of Tort Law», *Indiana Law Journal*, vol. 88, núm. 2, pp. 469-25.
- George L. PRIEST (1977), «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», *Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, pp. 65-82.
- George L. PRIEST y Benjamin KLEIN (1984), «The Selection of Disputes for Litigation», *Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, pp. 1-55.
- Isabel RAMOS HERRANZ (2006), «El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 1, pp. 195-225.
- Mario J. RIZZO (1981), «The Imputation Theory of Proximate Cause: An Economic Framework», *Georgia Law Review*, vol. 15, pp. 1007-1038.
- Mark J. ROE (1996), «Chaos and Evolution in Law and Economics», *Harvard Law Review*, vol. 109, pp. 641-668.
- Paul H. RUBIN (1977), «Why is the Common Law Efficient?», *Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, pp. 51-63.
- Paul H. RUBIN (1982), «Common Law and Statute Law», *Journal of Legal Studies*, vol. 11, núm. 2, pp. 205-223.
- Michael L. RUSTAD (2013), «Twenty-First Century Tort Theories: The Internalist/Externalist Debate», *Indiana Law Journal*, vol. 88, núm. 2, pp. 419-447.
- Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, Antoni RUBÍ PUIG y José PIÑEIRO SALGUERO (2002), «Respondeat Superior I», *InDret*, 2/2002.
- Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos Ignacio GÓMEZ LIGÜERRE (2002), «Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *InDret*, 3/2002.
- Chris William SANCHIRICO (2012) (ed.), *Procedural Law and Economics*, Edward Edgar, Cheltenham.
- Laurie R. SANTOS y M. Keith CHEN (2009), «The Evolution of Rational and Irrational Economic Behavior: Evidence and Insight from a Non-human Primate Species», en P. GLIMCHER, C. CAMERER, E. FEHR y R. POLDRACK (eds.), *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*, Elsevier,

Amsterdam, 2009, pp. 81-93.

Hans-Bernd SCHÄFER y Frank MÜLLER-LANGER (2009), «Strict liability versus negligence», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, 2ª ed., Edward Elgar, Cheltenham, pp. 3-45.

Frederick SCHAUER y Richard ZECKHAUSER (2011), «The Trouble with Cases», en Daniel P. KESSLER (ed.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 45-70.

Steven SHAVELL (1980), «An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts», *Journal of Legal Studies*, vol. 9, pp. 463-516.

Steven SHAVELL (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge.

Steven SHAVELL (1997), «The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System», *Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 575-612.

Stephen A. SMITH (2004), *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford.

George J. STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, pp. 3-21.

A. O. SYKES (1984), «The Economics of Vicarious Liability», *Yale Law Review*, vol. 93, pp. 1231 y ss.

S. TEBBICH, R. BSHARY y A. GRUTTER (2014), «Cleaner fish *Labroides dimidiatus* recognise familiar clients», *Animal Cognition*, vol. 5, núm. 3, pp. 139-145.

R. Peter TERREBONNE (1981), «A Strictly Evolutionary Model of Common Law», *Journal of Legal Studies*, vol. 10, pp. 397-407.

Ernest J. WEINRIB (1989), «Understanding Tort Law», *Valparaiso University Law Review*, vol. 23, núm. 3, pp. 485-526.

Ernst J. WEINRIB (2012), *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, Oxford.

W. Bradley WENDELL (2011), «Explanation in Legal Scholarship: The Inferential Structure of Doctrinal Analysis», *Cornell Law Review*, vol. 96, pp. 1035-1074.

Catharine P. WELLS (1996), «Corrective Justice and Corporate Liability», *Southern California Law Review*, vol. 69, pp. 1769-1780.

Benjamin C. ZIPURSKY (2007), «Sleight of Hand», *William & Mary Law Review*, vol. 48, pp. 1999-2041.

Benjamin ZIPURSKY y John C.P. GOLDBERG (2013), «Civil Recourse Defended: A Reply to Posner, Calabresi, Rustad, Chamallas, and Robinette», *Indiana Law Journal*, vol. 88, vol. 2, pp. 569-609.

Todd J. ZYWICKI (2003), «The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis», *Northwestern University Law Review*, vol. 97, núm. 4, pp. 1551-1633.

**10. Tabla de jurisprudencia citada**

<i>Tribunal Supremo</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
STS, 3ª, 19.06.1998	Rec. 1985/1994	Juan José González Rivas
STS, 3ª, 30.05.2006	Rec. 211/2005	Enrique Lecumberri Martí
STS, 1ª, 17.07.2007	Rec. 2727/2000	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 21.11.2008	Rec. 2915/2001	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 05.11.2014	Rec. 1839/2012	José Luis Calvo Cabello
<i>Audiencia Nacional</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
SAN, Cont-Adm., 30.10.2013	Rec. 107/2011	Trinidad Cabrera Lidueña
<i>Supreme Court of Pennsylvania</i>	<i>Referencia</i>	<i>Nombre de las partes</i>
Sentencia 08.05.1899	191 Pa. 345, 43 A. 240	Berry v. Sugar Notch Borough