

SALVADOR / RAMOS / GÓMEZ / RUBÍ / LUNA / MILÀ

Derecho de Daños (DdD)

Análisis, aplicación e instrumentos comparados

10^a edición

2021

Derecho de Daños

(DdD)

Análisis, aplicación e instrumentos comparados

10^a edición

2021

Pablo Salvador Coderch

Catedrático emérito de derecho civil

Sonia Ramos González

Profesora agregada interina de derecho civil

Carlos Gómez Ligüerre

Profesor Titular de derecho civil

Antoni Rubí Puig

Profesor agregado de derecho civil

Álvaro Luna Yerga

Abogado, profesor asociado de derecho civil

Rosa Milà Rafel

Investigadora Ramón y Cajal, derecho civil

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Índice

Capítulo 1º	7
Estructuración del discurso legal y fundamentos analíticos del remedio indemnizatorio en el derecho español de daños	7
Pablo Salvador Coderch	
Capítulo 2	47
Las cuatro reglas básicas de responsabilidad.....	47
Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González	
Capítulo 3	72
Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia	72
Pablo Salvador Coderch	
Capítulo 4	93
Negligencia (II): Estimación del riesgo	93
Pablo Salvador Coderch	
Capítulo 5	
Negligencia (III): Negligencia <i>per se y res ipsa loquitur</i>	
Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González	
Capítulo 6	
Responsabilidad objetiva.....	
Antoni Rubí Puig, Pablo Salvador Coderch	
Capítulo 7	
Negligencia unilateral y bilateral en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad objetiva	
Carlos Gómez Ligüerre, Pablo Salvador Coderch	
Capítulo 8	
Causalidad de hecho	
Pablo Salvador Coderch, Antoni Rubí Puig	
Capítulo 9	
Imputación objetiva.....	
Pablo Salvador Coderch, Antoni Rubí Puig	
Capítulo 10.....	
Responsabilidad por hecho ajeno	
Carlos Gómez Ligüerre, Rosa Milà Rafel	
Capítulo 11.....	
Daño	
Sonia Ramos González	
Capítulo 12.....	
Prescripción.....	
Carlos Gómez Ligüerre	
Capítulo 13.....	
El proceso civil de reclamación de responsabilidades civiles.....	
Álvaro Luna Yerga	

Capítulo 1º

Estructuración del discurso legal y fundamentos analíticos del remedio indemnizatorio en el derecho español de daños

1. Cuatro modos de estructurar el discurso legal.....	8
1.1. IRAC: el punto de vista del jurista y la redacción de notas, informes, memoranda o dictámenes legales.....	8
1.2. Las fichas Dalloz y la cultura del Droit Civil	10
1.3. "Ex ante" y "ex post". Lecciones para el futuro: el punto de vista del ingeniero	10
1.4. PARC. El marco del discurso legal y la aplicación efectiva de las reglas de derecho: el punto de vista del científico social.....	11
1.5. La redacción legal. El punto de vista del escritor legal	12
2. La transversalidad del derecho de daños.....	14
2.1. Responsabilidad civil y responsabilidad civil derivada de delitos penales	14
2.2. Material complementario: atropello múltiple en la estación de ferrocarril de Castelldefels, Barcelona (23.6.2010)	15
3. Fuentes primarias y secundarias (Primary and Secondary Sources)	22
3.1. Legislación (Statutes).....	23
3.2. Jurisprudencia (Case-Law)	24
3.3. Doctrina (Secondary Literature or Secondary Sources)	25
4. Análisis económico del derecho (Law and Economics)	28
5. Las dos concepciones tradicionales de la responsabilidad civil: el daño como injusticia que debe ser corregida y el daño como pérdida que debe ser evitada ...	29
6. Concepto y clases de accidente, y limitaciones del derecho de daños. La minimización de los costes sociales de los accidentes	30
6.1. Concepto y clases de accidente	30
6.2. Limitaciones del derecho privado de daños.....	31
6.3. La minimización de los costes sociales de los accidentes (Guido Calabresi, 1970; Steven Shavell, 2004) y las simplistas asunciones iniciales de los primeros modelos analíticos del moderno derecho de daños.....	32
8. Responsabilidad civil y penal (Tort and Crime).....	34
9. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad (también civil, pero) contractual (Tort and Contract).....	35
9.1. Material complementario: ¿responde el propietario por los daños que él mismo ha causado al objeto de su propiedad?	36
10. Responsabilidad civil y derecho regulatorio.....	40
11. ¿Es el derecho de daños una especialidad bien definida?	40
12. Material complementario: la acción de daños de los perjudicados por un ilícito competencial y el Real Decreto-ley 9/2017 por el que se implementa la Directiva comunitaria sobre antitrust damages actions de 2014	41

1. Cuatro modos de estructurar el discurso legal

Los profesionales del derecho se expresan, verbalmente y por escrito, mediante un discurso estructurado sobre el caso que analizan. A continuación, se presentan cuatro modos de estructurar el análisis del derecho de daños. Solo el primero es específico del profesional del derecho.

1.1. IRAC: el punto de vista del jurista y la redacción de notas, informes, memoranda o dictámenes legales

IRAC es un acróstico:

- a) *Issue*: ¿cuál es o cuáles son las cuestiones legales que plantean los hechos alegados y probados por las partes en el caso?
- b) *Rules*: ¿cuáles son las reglas de derecho aplicables a los hechos del caso? En su caso: ¿cuál es la jurisprudencia?
- c) *Analysis*: ¿cuáles son las razones, en derecho, de las partes, de cada una de ellas?
- d) *Conclusion*: ¿qué concluiría el Juez o Tribunal en un caso como el presentado o qué habría de haber resuelto?

Para más información, véase <http://www.csun.edu/~kkd61657/brief.pdf>

Así:

A) Al inicio de un comentario, nota o informe, debe aparecer un encabezamiento adecuado al estándar propio de la organización en la cual trabaja el profesional y que, en todo caso, ha de ajustarse a las reglas o buenas prácticas de la jurisdicción relevante. Usualmente, el encabezamiento incluye una referencia al caso, a la fecha y a la cuestión legal principal sobre la cual versa el escrito. Además, e inexcusablemente, el encabezamiento ha de incluir el nombre y apellidos del autor o autores del análisis, la organización para la cual trabajan y, por supuesto, la fecha de conclusión del análisis mismo. Si hay distintas versiones, conviene distinguirlas por su fecha; y si hay varias de igual fecha, por su hora de finalización u otra convención que permita distinguir la última de las anteriores.

B) Sigue la referencia a la cuestión legal planteada. Pueden ser más de una, por supuesto, pero no es frecuente ni aconsejable tratar en un solo escrito de una docena de cuestiones; es más, si aparecen muchas cuestiones, es probable que el escrito esté mal planteado de buen principio: al inicio, conviene distinguir entre las cuestiones necesarias, las importantes, las urgentes, así como entre todas las anteriores y las secundarias para establecer enseguida prioridades claras.

En la práctica tradicional española, las conclusiones se incluyen al final del escrito. Sin embargo es aconsejable adelantar la conclusión capital a su inicio, pues ayuda al lector -le evita tener que

saltarse el cuerpo del informe para leer las conclusiones a su final- y manifiesta el compromiso del autor.

En escritos largos es común incluir, antes del cuerpo del escrito, un sumario -un índice- y un resumen ejecutivo (traducción de *executive summary*) en el cual se resume su contenido esencial. El resumen es más largo que los *abstracts* de los artículos académicos, pero siempre ha de ser lo más breve posible.

C) A continuación, hay que referir los hechos relevantes para analizar cuestión o cuestiones planteadas, siempre con indicación de su fuente (v. gr, los hechos probados, según la sentencia de instancia, o los relatados por el cliente, los extraídos de documentos o de afirmaciones de testigos, de atestados o expedientes administrativos, los resultantes de informes forenses o periciales, etc.). El profesional ha de dejar constancia de que la cuestión va a ser analizada de acuerdo con los hechos relatados y solo ellos. Y es muy aconsejable que el informe indique sus fuentes, la relación de hechos tenidos en cuenta para su elaboración.

En cuanto al orden de la narración, el más aconsejable es el cronológico: ha de haber una razón poderosa para describir los hechos de otro modo. Sin embargo, no es criticable comenzar con una referencia a la demanda y a la fecha de su presentación. En todo caso, es bueno distinguir entre los hechos materiales del caso y los procesales: el accidente y sus circunstancias, por un lado, y la demanda, su contestación, etc., por el otro.

En ningún caso hay que adelantar conclusiones con ocasión de la narración de los hechos.

D) Siguen las referencias a las reglas o principios de derecho aplicables a los hechos relatados, así como a la jurisprudencia. En las facultades de derecho españolas, no es inusual marginar las referencias a los fundamentos de derecho, pues, en ocasiones, los profesores centran su atención en doctrinas expuestas por otros profesores, en opiniones sobre la valoración del caso o en la propia opinión doctrinal de quien habla. Esta no es una buena práctica y conviene orillarla. Las referencias al derecho aplicable deben estar acompañadas por otra a la jurisdicción competente.

E) El análisis o discusión legal del caso es el centro de gravedad del escrito, el lugar donde el analista añade valor. En derecho civil, el analista doctrinal ha de conocer el derecho y dominar las reglas y sus convenciones interpretativas -la interpretación de la ley-. Formalmente, es aconsejable elaborar un plan de organización o esquema del análisis que se va a desarrollar, concebir una o más ideas rectoras para su contenido material -una o más, siempre las mismas, pero no muchas- y, a continuación, desarrollar el análisis en relación con cada uno de los puntos del plan o esquema. Un buen análisis requiere un buen esquema y este, normalmente, exige una división de la cuestión a analizar según los varios elementos del supuesto de hecho de la normativa aplicable. Si la discusión versa sobre la aplicabilidad de reglas de derecho distintas a los hechos del caso, es importante distinguir entre las dos o más hipótesis planteadas y saber poner de manifiesto las razones que militan a favor y en contra de cada una de ellas.

En general, pero muy particularmente en derecho de accidentes, importa que el análisis tenga en cuenta los puntos de vista de cada parte, de la demandante y de la demandada, y que lo haga siempre ordenadamente, de la misma manera. El buen analista no discute los hechos probados, mucho menos los niega, sino que juega con su calificación jurídica.

F) El escrito finaliza con las conclusiones que fluyen del análisis aplicado a los hechos del caso. En derecho de accidentes, las conclusiones mimetizan el fallo más probable de una sentencia que resolviera el caso, en el supuesto de que se hubiera presentado una demanda judicial. Han de ser, por tanto, muy precisas. No vale el *non liquet*: el jurista ha de adelantar la conclusión más probable en derecho y ha de evitar dejar perplejo al lector.

Un buen libro para aprender a escribir en derecho es el de Eugene Volokh, *Academic Legal Writing*, New York, Foundation Press, Fourth edition, 2010 (accesible en la red), Fifth edition, 2013. Dos buenas páginas web son, una, *Scribd. 75 Online Legal-Writing Resources* y, otra, *The Adobe Legal Department Style Guide*. Los estudiantes de derecho de la Universitat Pompeu Fabra, interesados en redactar un trabajo de fin de grado (y algunos de sus directores) encontrarán en cualquiera de las referencias anteriores pautas útiles y ejemplos iluminantes. Habrán, con todo, de descontar la distancia entre el *Civil Law* y el *Common Law*. En España, es básico Santiago Muñoz Machado (Dir.), *Libro de estilo de la Justicia*, Espasa, Madrid, 2017. Santiago Muñoz Machado es catedrático de derecho administrativo y director de la Real Academia Española (RAE).

1.2. Las fichas Dalloz y la cultura del *Droit Civil*

En Francia -el país que más ha influido en nuestra cultura desde el siglo XVIII hasta el último tercio del XX y uno de los dos que más lo está haciendo en la Unión Europea- a sus estudiantes de derecho les resulta muy útil consultar las guías y fichas metodológicas editadas por Dalloz. Ofrecen métodos de trabajo esenciales para escribir discursos, comentarios de jurisprudencia, comentarios de textos o casos prácticos. Pueden consultarse en <http://fiches.dalloz-etudiant.fr/>.

1.3. "Ex ante" y "ex post". Lecciones para el futuro: el punto de vista del ingeniero

Un análisis legal sobre el derecho aplicable a un caso ya acaecido se proyecta necesariamente sobre el pasado. El jurista ha de tener en cuenta el sesgo de la retrospección (*hindsight bias*): *después* de que un hecho haya tenido lugar, tendemos a creer que la probabilidad de su ocurrencia es mayor de lo que razonablemente habríamos estimado *antes* de que sucediera ("A toro pasado, todo el mundo es buen torero"). Y ello ha de ser así porque es comúnmente aceptado que si las reglas de derecho son una guía de nuestras acciones, de nuestra conducta, entonces hay que entenderlas del mismo modo que un observador razonable, situado en la posición de la persona del demandado, las habría interpretado antes de que los hechos que desencadenarán su aplicación tengan lugar (*ex ante*) y no después (*ex post*). Véase Ian Ayres, *Ex Ante vs. Ex Post*, en Youtube.

Así, en las acciones de responsabilidad médica no es procedente poner en cuestión el diagnóstico inicial de un paciente o la adecuación de su tratamiento médico si el reproche se realiza exclusivamente sobre la base de la evolución posterior y desfavorable del enfermo, porque con ello se infringe la prohibición de regreso que imponen las pautas usuales del razonamiento práctico (STS, 3^a, 22 de noviembre de 2013 o SAP, Madrid, Sala civil, 31 de marzo de 2016).

En línea de principio hay que distinguir entre las respuestas a las preguntas: "¿Qué podríamos haber hecho?", y "¿Qué podremos hacer desde ahora, cuando ya sabemos qué ha ocurrido, para mejorar en el futuro?". Mas como el sesgo de la retrospección es muy difícil de evitar, el analista ha de tener en cuenta las lecciones de la Historia, es decir, aquello que hemos aprendido del accidente que nos ocupa y desde que ocurrió, así como aquello que podremos hacer para evitar su repetición o para minimizar sus efectos perjudiciales en el futuro. A este último respecto, una buena guía es la siguiente:

- a) Observaciones a la luz del accidente.
- b) Cuestiones clave.
- c) Posibles acciones correctivas.
- d) Posibles mejoras de diseño en el futuro.

J. BUONGIORNO, R. BALLINGER, M. DRISCOLL, B. FORGET, C. FORSBERG, M. GOLAY, M. KAZIMI, N. TODREAS y J. YANCH, *Technical Lessons Learned from the Fukushima-Daichi Accident and Possible Corrective Actions for the Nuclear Industry: An Initial Evaluation*, Nuclear Science & Engineering, Massachusetts Institute of Technology, Canes Publications, 2011,
http://web.mit.edu/nse/pdf/news/2011/Fukushima_Lessons_Learned_MIT-NSP-025.pdf

El anterior es el punto de vista del ingeniero, pero no, cabe insistir, el del jurista. Y además, en derecho español no rige la regla --propia de culturas muy avanzadas tecnológicamente y económica, en las cuales la distinción entre los puntos de vista *ex ante* y *ex post* es capital - en cuya virtud no es admisible como prueba en un proceso judicial sobre un caso de presunta negligencia la proposición de pruebas sobre las medidas de corrección subsiguientes al accidente adoptadas por el demandado. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de caídas de personas en las vías públicas por irregularidades, desniveles, o mal estado de la vía que no alcanzan la entidad suficiente para generar un riesgo intolerable socialmente: las obras posteriores de pavimentación o mejora de la zona controvertida por parte de la Administración competente no comportan necesariamente que el funcionamiento del servicio público fuera anormal o negligente antes de proceder a la aplicación de la medida correctora. Y es que, de hecho, si se permitiera universal e indiscriminadamente tal proposición de prueba, se estaría generando un incentivo perverso a no mejorar las cosas.

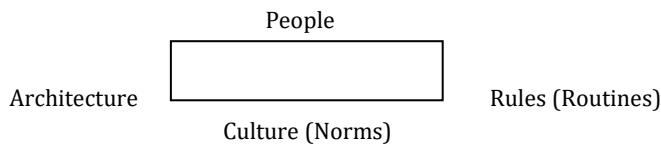
Tampoco existe una regla legal o jurisprudencial en derecho español que establezca la responsabilidad civil del fabricante por el mero hecho de que haya retirado voluntariamente su producto del mercado por razones de precaución (Pueden consultarse datos de retirada de productos del mercado por tipo de producto, durante el año 2020, en: Sedgwick Brand Protection Recall Index, [European edition](#), 2021; and United States edition, 2021).

1.4. PARC. El marco del discurso legal y la aplicación efectiva de las reglas de derecho: el punto de vista del científico social

Un discurso legal realmente fecundo requiere más cosas que la identificación de las reglas de derecho aplicables al caso: el acróstico "PARC" da razón de cómo y por qué unas mismas reglas se aplican de modo distinto en situaciones diferentes.

En primer lugar, el jurista ha de tener en cuenta a las personas ("People") involucradas por activa y por pasiva en la aplicación del derecho; luego, ha de hacer lo propio con la

infraestructura física y organizativa sobre las cuales las reglas en cuestión se proyectan ("Architecture"); y, en tercer lugar, las reglas de derecho se aplican siempre junto con sistemas más o menos difusos o formalizados de normas morales, de convenciones culturales ("Norms"), que, según los casos y circunstancias, potencian o amortiguan el alcance y eficacia de las reglas legales.



Un ejemplo de lo anterior es la política regulatoria en material de seguridad vial denominada *Vision Zero*. Se originó en Suecia en 1997 y propone conseguir eliminar los fallecimientos y lesiones graves causadas en los accidentes de circulación, pues asume que hay errores del conductor que se van a producir en todo caso, por ser inherentes a su condición humana – inevitables- y que, por tanto, para reducir sus consecuencias dañosas, es necesario diseñar, construir y mantener infraestructuras y vehículos cada vez más seguros y más adaptados a la falibilidad de la condición humana, en lugar de tartar de forzar a los usuarios a un estadio de cosas dado algo o muy peligroso. Sobre el tema, véase Sonia Ramos *et alii*, "Accidentes cero. Incidencia en derecho de daños de políticas regulatorias de eliminación de accidentes de circulación mortales y muy graves", *Indret*, 2.2018.

1.5. La redacción legal. El punto de vista del escritor legal

La redacción legal requiere, pues, tomar en consideración muchas circunstancias y hacerlo en un tiempo limitado: el discurso del estudiante que prepara un examen, el del abogado que defiende un caso, el del juez que ha de resolverlo están condicionados, de entrada, por el tiempo disponible, siempre escaso. Al respecto y ante la presentación de un caso cuyo análisis hay que abordar inmediatamente a continuación, un criterio acaso razonable de distribución del tiempo puede ser el de las cinco admoniciones que conforman la regla de las cinco es (Pablo Salvador Coderch (1985)):

- *Escucha*. Mucha gente no atiende, sino que, como mucho, espera, ansiosa, su turno para hablar.
- *Estudia*. Ni el mejor redactor legal está solo en el mundo -únicamente lo está ante la pantalla del dispositivo electrónico que está usando. Si el texto que vas a redactar es un examen escrito, las dos primeras es pueden reducirse a una: antes de arrancar a escribir, asegúrate de que has leído y entendido bien las preguntas del examen.
- *Esquematiza*. Construye un esquema de tu discurso y hazlo por escrito. Un buen esquema es siempre un buen esquema gráfico. Antes o para elaborarlo, SEAL es una guía útil: ¿cuál es la Situación?, ¿cuáles las Entidades afectadas?, ¿qué Acciones o Actuaciones se piden o se pueden evitar?, y ¿a qué Limitaciones (reglas) están sujetas las acciones?

- *Escribe.* Al final, las palabras son el arma principal del abogado --y del juez--. Un buen test para un Estado de derecho es calificar de 0 a 10 el grado de coherencia entre las palabras del juez y las razones auténticas de su decisión.

Dos buenos libros para aprender a escribir (también en derecho): Terrill POLLMAN, Judith M. STINSON, Jr., Elisabeth POLLMAN, *Legal Writing: Examples and Explanations*, 2nd ed., Wolters Kluwer, New York, 2014; Steven PINKER, *The Sense of Style: The Thinking Person's Guide to Writing in the 21st Century*, Penguin, New York, 2014, Reprint edition 2015 (una versión, accesible en la red).

- *Edita.* Dedica por lo menos una cuarta parte del tiempo de que dispones a editar el texto que acabas de redactar. Hay algunas buenas maneras de editar un texto: una, que no siempre es posible, es hacerlo editar por otra persona mayor o más joven que tú; otra, que lo hagas tú al día siguiente de haber redactado el primer borrador. Si, por fin, has de editar en seguida tu propio texto, concédate una pausa, por breve que sea, antes de empezar.

En cualquier caso, editar es siempre encoger el texto: córtalo sin piedad ni consideración alguna, pues suelen ser demasiado largos, se repiten. "repetirse", en la frase anterior, reitera la idea de "ser demasiado largo", que podría no estar.

Las cinco reglas anteriores, las cinco es, ayudan a evitar incurrir en muchos errores. Hay una sexta que es solo para profesionales de verdad, para gente que ama la obra bien hecha más allá de aquello que le van a dar por ella o del mérito que le van a reconocer por haberla creado:

- *¡Empieza de nuevo!*

¿Quién, tras volver a escribir de cabo a rabo el texto que había borrado sin querer de su dispositivo electrónico, no ha experimentado nunca la sensación de que el nuevo discurso es más claro y sencillo que el original?

En cuanto al contenido específicamente retórico de tu discurso, la organización tríadica es clásica, pues permite exponer y defender tres ideas o reiterar una fundándola en tres razones distintas. Más de tres -sean ideas o razones- resulta arriesgado, pues casi nadie es capaz de recordar un discurso basado en cinco, seis o siete principios (prueba: defiendan los lectores una causa durante diez minutos y, al cabo, pidan a sus oyentes que resuman la intervención).

Siguen ejemplos de discursos clásicos, retóricamente logrados, todos ellos accesibles en la red: Emmeline Parkhurst, *Freedom or Death* (1913), o Virginia Wolf, *A Room of One's Own* se adelantaron a su época. Steve Jobs, *How to Live Before You Die*, en Stanford (2005), cuya estructura es claramente triádica, pero que muestra bien a las claras que si consigues concebir y formular una buena y única idea, el resultado puede ser histórico. Un ejemplo similar, patinado por la historia, es la alocución, conocida como *"I have a dream"*, de Martin Luther King, pronunciada en 1963, paradigma de un discurso centrado en un tema único, la igualdad racial. Luego, para un profesor veterano y, sobre todo, para un alumno listo, el *How schools kill creativity* de Ken Robinson es una de las admoniciones de referencia.

Los lectores interesados en hacerse con una buena formación para abogar por las causas en las que crean harán bien en acudir con cierta frecuencia a *TED Ideas worth spreading*. Una página útil es *Most Inspiring Commencement/Graduation Speeches*. Mis preferidos son los de Sheryl Sandberg, Donovan Livingston y Steven Spielberg, pero, afortunadamente, muchos de mis lectores tendrán otras preferencias. Al final de *Dunkirk*, de Christopher Nolan se incluye un fragmento del probablemente mejor discurso de la Segunda Guerra Mundial. Otra buena selección es "Top 10

Graduation Speeches of All Time" (en: www.medium.com, A Medium Corporation). Entre los discursos en español mejor valorados están el de Pepe Mújica en Río+20 en 2012 y el de Antonio Banderas en la Gala de los Goya en 2015 (en: www.teinteresa.com).

De nuevo, hay un sesgo anglosajón en los ejemplos citados. Una ventaja de su cultura, sobre todo de sus políticos, es la tradición parlamentaria británica según la cual, en Westminster los diputados no leen: parlamentan, esto es, hablan. Un europeo continental jugaría con la profundidad histórica y añadiría la Apología de Sócrates (393 aC). Un hispanohablante nunca olvidaría el ya mencionado discurso de Pepe Mújica en Río de Janeiro, en 2012. Un catalanohablante, el de Pau Casals en la ONU, en 1971 ("I'm Catalan I love freedom", aunque el músico lo pronunció en inglés), o el del general Juan Prim en el Congreso, en 1851 (en español). Otros buenos discursos son el de Julio Anguita, en 2012; o el de David Fernández en el Parlament de Catalunya, en 2012 (aunque era leído), o el de Gloria Álvarez, sobre el populismo, en Zaragoza, 2014. Luego están quienes jamás defraudan: cualquier intervención -absolutamente cualquiera- de Angela Merkel o de Oprah Winfrey. De nuevo, los lectores listos mejorarán enseguida la selección anterior. De eso se trata: no duden en hacernos llegar sus propuestas.

2. La transversalidad del derecho de daños.

2.1. Responsabilidad civil y responsabilidad civil derivada de delitos penales

Cuando se habla de responsabilidad civil de alguien, es decir, de la posible obligación de indemnizar puesta a cargo de quien ha causado un daño a otro, la primera intuición legal es que sobre la cuestión resolverá un tribunal civil, de acuerdo con las reglas, materiales y procesales, civiles.

No es así, pues el derecho de la responsabilidad civil es transversal, multijurisdiccional: sobre un mismo daño pueden conocer varias jurisdicciones en función del sujeto que lo causó, o de las circunstancias que rodearon su causación. Por ejemplo, si después un accidente de circulación con resultado de daños físicos para el conductor de vehículo y sus ocupantes, las víctimas pretenden fundamentar la acción indemnizatoria en el diseño defectuoso de la rotonda por la cual circulaban en el momento del accidente, deberán dirigir su demanda contra la Administración pública titular de la vía y habrán de hacerlo en el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ). Si, en cambio, pueden acreditar que el accidente se produjo por la infracción de las normas de circulación por parte de un conductor de otro vehículo, deberán dirigir la reclamación contra el mismo ante el orden civil o penal (arts. 9.2 y 3 LOPJ).

En efecto, una característica singular del derecho español, comparada con otros ordenamientos jurídicos, es que la cuestión sobre la posible responsabilidad civil derivada de accidentes mortales o que causan lesiones corporales es resuelta habitualmente por tribunales penales, los cuales deciden sobre la responsabilidad propiamente penal por delito y sobre la específicamente civil derivada de la anterior, salvo que el dañado o perjudicado la renunciase expresamente a la acción civil o la reservase también expresamente para ejercitárla después de terminado el juicio criminal (arts. 108 y 112 LECr).

El art. 115 LECr establece que "la acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil". En estos casos, el pronunciamiento sobre la

responsabilidad civil derivada de delito del causante y de sus herederos corresponde al juez civil, quien puede valorar libremente los hechos reflejados en la sentencia penal (STS, 1^a, 341/2017, de 31 de mayo).

Si el tribunal penal archiva el caso o resuelve que no hay delito, normalmente queda abierta a las víctimas, o a sus allegados, la posibilidad de iniciar un nuevo pleito y acudir a la jurisdicción civil, en busca de un remedio indemnizatorio por los daños causados (art. 116 LECr). La jurisprudencia se ha pronunciado sobre las relaciones entre la sentencia penal absolutoria y el proceso civil ulterior, resumidas en la STS, 1^a, 84/2020, de 6 de febrero, MP: José Luis Seoane Spiegelberg -que confirma la responsabilidad civil médica de los demandados por no haber investigado la existencia de una grave enfermedad hereditaria en un recién nacido, cuando los facultativos demandados conocían que el padre había padecido la misma enfermedad en su infancia y el recién nacido presentó una serie de síntomas que ponían de manifiesto una situación de gravedad-:

"La regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso (...) Fuera de los casos señalados (...) las distintas reglas, por las que se rigen la responsabilidad criminal y la civil, traen consigo que la valoración probatoria llevada a cabo en el previo proceso penal no vincule al juez civil, que puede [obtener] conclusiones distintas sobre los mismos hechos (...) No obstante, la jurisprudencia atribuye a la sentencia penal (...) el efecto de conformar un medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados a valorar en unión de los demás elementos de convicción aportados al proceso civil posterior (...) en una valoración conjunta de la prueba practicada, lo que implica que el juez civil no queda encorsetado por la apreciación probatoria llevada a efecto por el juez penal, sino que es libre para obtener sus propias conclusiones fácticas de forma lógica y racional".

Esta singularidad del derecho español ha generado discusiones sin cuenta entre quienes, por una parte, consideran que la atracción de las cuestiones de pura responsabilidad civil por la jurisdicción penal es una solución práctica que permite resolver en un solo litigio penal los temas civiles y penales, y quienes, por la otra, opinan que ventilar en un juicio penal los intereses puramente civiles, además de los penales, distorsiona el derecho civil y el derecho penal mismo -privatiza el derecho y proceso penales-- o que, en el caso de que haya que volver a litigar porque el tribunal penal descarte la existencia de una infracción penal, los pleitos se eternizan. De ello trataremos en varias de las sesiones de este curso. Baste ahora con indicar que, para bien o para mal, este rasgo del derecho español caracteriza todo su derecho de daños.

2.2. Material complementario: atropello múltiple en la estación de ferrocarril de Castelldefels, Barcelona (23.6.2010)

El 23.6.2010, a las 23:23 horas (vigilia de San Juan), en la estación de trenes de Rodalies (Cercanías) RENFE de Castelldefels Platja (Castelldefels, Barcelona), un convoy arrolló a un grupo numeroso de personas que, en aquellos momentos estaban cruzando las vías del ferrocarril; 12 personas fallecieron y 17 resultaron heridas de diversa consideración.

Las víctimas, viajeros de un tren de Cercanías que había llegado a la estación poco antes de que lo hiciera el convoy de media distancia que las arrollaría, habían salido de sus vagones cerca de un paso subterráneo habilitado para pasar al otro lado del andén, pero se habían dirigido a una pasarela superior, más próxima a ellos, una antigua salida de la estación, que estaba inhabilitada. Entonces algunos viajeros, en lugar de volver sobre sus pasos y cruzar por el paso subterráneo, resolvieron fatalmente saltar a las vías para cruzarlas y acceder a la playa.

Sigue una grabación extraída de un informativo que dio la noticia poco después del accidente: http://www.youtube.com/watch?v=_HSmGph9zrA

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14.5.2013

Como consecuencia del accidente, se iniciaron diligencias penales. El 30.6.2010, el Juez entonces encargado de la instrucción del caso dictó un auto por el que se acordó el sobreseimiento libre de las diligencias previas. Las acusaciones particulares interpusieron recurso de reforma y apelación contra dicho auto. Un auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10.1.2011, estimó el recurso, revocó el auto recurrido y ordenó la continuación de la instrucción a fin de practicar más diligencias. Las acusaciones particulares presentaron escrito en el que interesaban la imputación de las personas que ocupaban diversos cargos directivos en RENFE y ADIF en la fecha del accidente por 12 presuntos delitos o faltas de homicidio imprudente, así como por 17 delitos o faltas de lesiones imprudentes, a título de comisión por omisión. El Ministerio Fiscal, ADIF y RENFE se opusieron a lo interesado y presentaron escritos de alegación.

El AJPII nº1 Gavà, de 30.5.2012, acordó el sobreseimiento provisional de las diligencias previas (art. 641.1 LECrim) por “no darse (...) los requisitos que los tipos imprudentes exigen para apreciar su existencia” (FD 2.8), puesto que “[d]el análisis de las actuaciones obrantes en autos no resulta la existencia de incumplimiento sustancial de la reglamentación y de las normas de cuidado a observar en el ámbito del tráfico ferroviario que permita afirmar la existencia de omisión de un deber de cuidado punible en la esfera penal” (FD 2.1).

En concreto, la Juez consideró probado que:

- a) “[E]l estado de mantenimiento técnico del tren (...) implicado en el siniestro [era] adecuado” (FD 2.2).
- b) “[E]l maquinista (...) cumplió en su conducción con todas las exigencias normativas al respecto” (circulación dentro de los límites de velocidad, llevaba encendidas las luces reglamentarias al momento de entrar en la estación, instante en que también accionó el claxon, y el resultado de las pruebas de alcoholemia resultó negativo) (FD 2.2).
- c) [E]l apeadero de Castelldefels cumplía “los requisitos de seguridad y accesibilidad exigidos normativamente” (en concreto, había sido reformado en 2009 para adaptarse a las exigencias del RD 1544/2007, de manera que el cruce de pasajeros de un andén al otro mediante una pasarela superior fue sustituido por un paso subterráneo) (FD 2.3). Y,
- d) “[L]as condiciones que en particular presentaba el apeadero en el momento de los hechos” eran igualmente adecuadas (iluminación suficiente, paso subterráneo accesible, “sin ningún obstáculo”, y –extraordinariamente, por la mayor afluencia de personas en el

apeadero con motivo de la noche de San Juan- tornos de salida de la estación abiertos, así como también los portones situados al lado de dichos tornos) (FD 2.3).

Finalmente, la Juez del caso afirmó: “[N]o era previsible (...) que los pasajeros del tren de cercanías, incurriendo en una notoria negligencia y prescindiendo de las más elementales normas de cuidado, incumpliendo con lo previsto en la normativa aplicable, decidieran, sin buscar el paso habilitado al efecto [ya que “desde que el tren de cercanías abandonó la estación hasta que se produjo la entrada en el mismo del tren causante del siniestro transcurrieron únicamente 15 segundos”], pasar al otro andén cruzando directamente las vías, sin prever que por las mismas se podría acercar otro tren (...)” (FD 2.6). “Siendo tal decisión de todo punto imprevisible”, sus efectos “no [son] imputable[s] a las personas respecto de las cuales se pretende su imputación por las acusaciones particulares” (FD 2.7).

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14.5.2013 revocó el auto anterior al considerar que los peritos que fueron escuchados en sede policial deberían ratificar sus manifestaciones en presencia de las partes ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavá. Sin embargo, en contra del *petitum* de los recurrentes, la AP Barcelona no ordenó practicar nuevas diligencias sobre el accidente ferroviario.

Posteriormente, un auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavá, de octubre de 2014, archivó de manera definitiva la causa penal, pero dejó abierta la reclamación civil o administrativa:

“La ausencia de medidas específicas ante la multitud que se apeó en el andén, unida a la confusión que se produjo por el hecho de que muchos pasajeros creyeran, erróneamente, que debían salir por el paso superior que había sido cerrado hace unos meses cuando se habilitó el nuevo paso subterráneo, (...) así como la falta de personal que indicara la salida por el paso subterráneo en esas circunstancias, es una omisión que puede merecer un reproche desde un punto de vista civil o administrativo, ante la falta de previsión de la aglomeración que se generó” (Fuente: El Periódico, 21 junio de 2015).

A continuación, se reproducen tres fotografías de la estación de Castelldefells Playa, donde ocurrió el accidente y otras tres de dos estaciones de ferrocarril suizas, Grindelwald e Interlaken-Ost. En las estaciones secundarias de la Confederación Helvética es frecuente que no haya ni pasos elevados ni subterráneos: los pasajeros esperan a que el empleado del ferrocarril que viaja con ellos en cada tren les indique el momento apropiado para cruzar los andenes.



Estación ferroviaria de Castelldefels



Der Bahnhof Grindelwald



Der Bahnhof Interlaken-Ost

El contraste entre España y Suiza sugiere una reflexión sobre los comportamientos apropiados en derecho: en ambos países, la gente, las infraestructuras (la arquitectura) y las normas (la cultura) son distintas y, por lo tanto, las reglas de derecho más apropiadas para evitar accidentes, reducir su número y disminuir su gravedad pueden analizarse teniendo en cuenta su interacción con aquellas.

La modificación de las reglas de derecho o de su interpretación razonablemente posible puede producir cambios en la arquitectura o infraestructura, en el sistema de normas culturales o en el comportamiento de las gentes, o pueden hacer en distinta medida en cada caso.

La decisión infraestructural sobre qué efecto es preferible –estaciones como la española o como las suizas, por ejemplo- no es autoevidente. Así, un factor muy relevante puede ser la velocidad del convoy de largo recorrido que circula por vías que cuentan con estaciones secundarias a más de cien km/h y que, por lo tanto, no puede detenerse si una persona invade indebidamente la vía del tren.

En todo caso, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5, Goya, 14, de 17 de octubre de 2019 (Magistrada Emilia Peraila Martínez), procedimiento ordinario 18/18 sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, recurrentes Dña. Elena Serrano Verón y otros contra Resoluciones del Consejo de Administración de Administración de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de 29 de enero de 2018 resolvió en contra de la reclamación de las víctimas, sucesores y allegados:

“[E]l luctuoso accidente se debió a la conducta imprudente de los fallecidos y lesionada, al cruzar las vías por lugar prohibido.

Ninguna justificación existe, a juicio de quiene resuelve, para que, por parte de numerosas personas, se tomara la decisión de atravesar las vías a finde acceder a la salida...

... A juicio de quien resuelve, la impaciencia y quizás el haberse dejado llevar por las voces que decían que la única salida era cruzar las vías, fue los que ocasionó el luctuoso accidente. A nadie más que a las víctimas, puede imputarse la causa y responsabilidad del siniestro” (Fundamento de derecho 5º).

Al final, los casos de responsabilidad extracontractual giran en torno a una apreciación de la naturaleza debida o indebida de las conductas relevantes: ¿a quiénes se han de imputar las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento de deberes de precaución y prevención de los accidentes?

Dos casos más:

- El 23 de noviembre de 2012, un hombre de 67 años de edad, que atravesaba las vías del ferrocarril en la estación de Salou, Tarragona, por un paso a nivel que tenía las barreras bajadas, fue arrollado por un tren Euromed que circulaba a 140 km. hora y que no tenía parada en aquella estación. Puede muy bien pensarse que la infraestructura era deficiente. También que el peligro era manifiesto y que la manera más sencilla de evitarlo era abstenerse de cruzar la vía cuando las barreras estaban bajadas.

- La madrugada del sábado 24 de agosto de 2013, una joven de 16 años fue arrollada por un tren de mercancías a su paso por Ascó, Tarragona. Murió en el acto. Las vías del ferrocarril (línea Reus-Zaragoza) se encontraban junto a la plaza donde se desarrolló el festival de música, pintura y agua al que asistía la fallecida durante la fiesta mayor de la población. El Ayuntamiento había instalado un frente de vallas metálicas para impedir el acceso a las vías, aunque aquella noche muchos jóvenes las cruzaron, presumiblemente para ahorrarse tener que ir a los servicios instalados en el otro extremo de la plaza que acogía el concierto.

STS, 1ª, 44/2010, de 18 de febrero, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

El 19 de marzo de 1994, dos menores, de 15 y 16 años de edad, circulaban en un ciclomotor de una sola plaza. Su conductor, quien carecía de permiso de conducir, cruzó la vía del tren por un paso a nivel sin barreras ni semáforos en A Rúa, Padrón, A Coruña, y un tren arrolló a ambos muchachos matándolos en el acto. A un lado del paso había una señal descolorida de paso a nivel. Al otro, un poste de unos dos metros de altura con señales de atención al tren. En ninguno había señal, preceptiva, de stop. Los dos menores eran vecinos del lugar y conocían el paso a nivel. En el momento del accidente el tren circulaba a 98 km/hora, la velocidad máxima permitida era de 100 km/hora y el convoy era visible, aproximadamente, a un kilómetro de distancia del lugar del accidente en línea recta. A unos 600 m. de distancia del paso a nivel existía la señal reglamentaria que ordena "silbar".

Los padres y el hermano, respectivamente, de los dos fallecidos interpusieron sendas demandas contra Renfe y el maquinista del tren. Los padres y hermano de una de las víctimas solicitaron que:

"[S]e declar[ara] la obligación de [Renfe] de dotar al paso a nivel e inmediaciones(...) de las medidas de seguridad, protección y advertencia a los usuarios(...), necesarias para evitar riesgos en las personas y en las cosas, atendiendo a las circunstancias de la zona y en particular el cercamiento de la vía al paso por la población y dotación de barreras o mecanismos de obligada detención de vehículos y personas (...)".

Y se condon[ara] a los demandados a pagar 90.361,45 euros a cada uno de los padres del fallecido y 60.240,96 euros al hermano, así como 553,48 euros por gastos funerarios. Los padres y el hermano de la otra víctima solicitaron una indemnización de 132.530,12 euros por el fallecimiento del menor, de 90.361,45 euros por daño moral y de 1.826,55 euros por gastos funerarios.

El JPI estimó sustancialmente la primera demanda: condenó a Renfe a "dotar el paso a nivel e inmediaciones sito en A Rúa de las medidas de seguridad, protección y advertencia que sean necesarias para salvaguardar la seguridad de las personas" y condenó a ambos demandados a pagar, en concepto de daño moral, 144.821,15 euros a los padres, 18.807,93 euros al hermano, ambas cantidades en concepto de daño moral, así como la cuantía reclamada por gastos funerarios. Asimismo, el JPI estimó sustancialmente la segunda demanda y condenó a ambos demandados a pagar las mismas cantidades en concepto de daño moral y la cuantía reclamada por gastos funerarios.

La Audiencia Provincial (AP) de A Coruña estimó el recurso de apelación de Renfe, revocó la SJPI y desestimó ambas demandas. Extractamos los fundamentos de su resolución (e introducimos algunos cambios en la puntuación para separar los párrafos):

“[L]a causa del accidente fue el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren; descuido relativamente explicable por la edad juvenil, pero no por ello prescindible e intrascendente cuando de la aplicación del Derecho se trata.

Pero ha sido objeto también de debate otra interesante cuestión: si existe responsabilidad de Renfe por no haber abordado ya la supresión de ese concreto paso a nivel, o, al menos, su reordenación para dotarlo de mejores medios de seguridad, como barreras o semibarreras. Es claro que la actual red viaria, con la existencia de pasos a nivel para cruzar la línea férrea, deriva de razones que en tiempos pretéritos los hicieron necesarios; sin que creasen tan elevado riesgo como en la actualidad, al haber aumentado tanto la circulación de vehículos a motor que se ven obligados a cruzar por ellos. Pero en los tiempos presentes, con medios técnicos muy superiores, se ha impuesto la política conducente a la eliminación de tan peligrosos obstáculos viarios, que por unas u otras razones se han cobrado muchas vidas, como en el caso que nos ocupa.

Responde a tal criterio el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Real Decreto 1211/90, de 28 setiembre), que en su artículo 235 contempla tanto lo relativo a nuevos pasos a nivel, que solo permite con carácter excepcional y por causas absolutamente justificadas, como la supresión de los actuales o en otro caso, para los subsistentes, la adopción de sistemas de seguridad y señalización más eficaces.

Pero es de advertir que el accidente ocurrió el 19 de marzo de 1994, y que por ello el texto vigente era la primera redacción del artículo 235. A tenor de ella, en su apartado 4, “Los pasos a nivel que resulten subsistentes deberán contar con los sistemas de seguridad y señalización adecuados para garantizar su seguridad que, a tal efecto, se determinen por los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo y de Transportes, Turismo y Comunicaciones”.

Pues bien, estos sistemas de seguridad no se determinaron ministerialmente hasta la Orden de 1 de diciembre de 1994 (BOE de 14 del mismo mes), varios meses después de haber ocurrido el accidente objeto de este litigio. En ella se disponen las medidas de seguridad correspondientes a un paso a nivel como el de esta *litis*, que se califica de clase A, en el que ha de procederse a la instalación de la señalización que allí se hace constar (artículos 8 y 9).

No cabría, pues, imputar a RENFE un retraso o dejadez en la aplicación de medidas de seguridad que se anuncian en el Decreto de 1990, con remisión a lo que dispusiesen los Ministerios competentes, y que no se concretaron hasta después de ocurrido el accidente. Pero ha de tenerse muy en cuenta respecto a las medidas de señalización a instalar en la carretera o camino, que la norma, que se remite a las del Reglamento General de Circulación ya aludidas, al igual que éste, responsabiliza de aquéllas al titular de tales vías (disposición adicional sexta). [E]s lo que ya establecía la Orden de 8 de mayo de 1982, vigente cuando el desdichado accidente ocurrió (...) A RENFE solo correspondía entonces y ahora la señalización establecida para la vía férrea” (FD. 4º).

Los actores de la primera demanda interpusieron recurso de casación que el TS desestimó:

“La “defectuosa señalización” del paso a nivel, admitida por la AP, no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que, en expresión de la sentencia recurrida, la causa del accidente estuvo en “el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren” (FD. 3º).

En *“Trenes”* (InDret 1/2000, www.indret.com), un artículo publicado en el año 2000, Carlos Gómez Ligüerre y Pablo Salvador Coderch analizaron la jurisprudencia española de la época sobre responsabilidad civil por accidentes ferroviarios en pasos a nivel y a la luz de la experiencia histórica norteamericana, es decir, a la de una cultura industrial más antigua y más avanzada tecnológicamente que la española. En el artículo, se rememoraba el intento lúcido, brillante y finalmente fallido, de William Wendell Holmes, Jr., un magistrado legendario, de establecer una única regla para resolver todos los casos de arrollamiento en pasos a nivel sin barreras. A principios del siglo XX, Holmes propuso que, ante un paso a nivel, los conductores de automóviles habían de detener sus vehículos, salir de ellos, mirar a uno y a otro lado de las vías y escuchar si se acercaba algún tren (*“Stop, look and listen”*). De no haber adoptado tales precauciones, opinaba, las víctimas o sus sucesores no podrían reclamar nada por el accidente sufrido. La historia, contada en *Trenes*, enseña que la regla duró pocos años y que, al cabo, los tribunales norteamericanos hubieron de recurrir a criterios mucho más matizados y apegados a las circunstancias de cada caso. Probablemente, lo mismo habrá sucedido con las propuestas sobre precauciones exigibles que Gómez y Salvador formularon en el año 2000 en su artículo: los principios (*standards*) de responsabilidad civil cambian con el tiempo, pues este solo respeta aquello que ha creado.

3. Fuentes primarias y secundarias (*Primary and Secondary Sources*)

En responsabilidad civil, la ley –desarrollada por los reglamentos- y la jurisprudencia establecen los casos y circunstancias en los cuales el demandado habrá de ser condenado civilmente a reparar los daños derivados de un suceso o acontecimiento dañoso que no debería haber ocurrido, que ha causado el demandado mismo y que el derecho establece que ha de ser puesto a su cargo.

Es muy difícil ofrecer una definición de la responsabilidad civil que sea, a la vez, omnicomprensiva, operativa y fecunda.

Véanse las dos siguientes, tomadas, respectivamente, de un libro clásico español y de otro norteamericano:

“Responsabilidad civil es imputación (...) La responsabilidad civil por daños extracontractuales [refiere a] los presupuestos, condiciones, y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con

él en una determinada relación" (Fernando REGLERO CAMPOS, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2002).

"A tort is a conduct that amounts to a legal wrong and that causes harm for which courts will impose civil liability" (Dan DOBBS, *The Law of Torts*, West, 2000).

3.1. Legislación (*Statutes*)

Muchas disposiciones del derecho español (civil, penal, administrativo y laboral) establecen supuestos de responsabilidad civil o, más generalmente, de responsabilidad extracontractual. Las principales están en los artículos de los textos legales que se citan a continuación:

- 1902-1910 del Código Civil de 1889.
- 109-125 del Código Penal de 1995.
- 32-37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, véase D.F. 18^a.
- 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- 128 y ss. RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- 168.3 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Algunas observaciones preliminares:

En primer lugar y como ya hemos señalado, algunas de las disposiciones citadas se encuentran en leyes civiles que son aplicadas por tribunales civiles; otras están residenciadas en leyes penales y son aplicadas por tribunales también penales; unas terceras son administrativas y su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa; por fin, algunas son laborales y los casos que plantean son competencia de la jurisdicción social. La primera característica procesal de la responsabilidad civil es, pues, su naturaleza multijurisdiccional.

En segundo lugar, buena parte de las disposiciones citadas son principios (*standards*), no reglas (*rules*) de derecho. Sobre la distinción entre ambos, véase Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*, The University of Chicago Press, 2007, pp. 163-171: para aplicar una regla, basta con conocer los hechos que describe su supuesto de hecho. En cambio, la apreciación de un principio exige siempre la formulación de un juicio de valor. Así, por ejemplo, conducir un automóvil a más de sesenta kilómetros por hora es una simple cuestión de

hecho; conducir negligentemente es, además, una cuestión valorativa, normativa. La primera circunstancia puede integrar una regla; la segunda, un principio.

En tercer lugar, hoy en día, la ley y los reglamentos, el derecho legislado y regulatorio, ocupan un lugar creciente en la prevención de los accidentes y en la resolución de los conflictos a que su ocurrencia da lugar. Aquí es importante destacar las diferencias básicas entre el derecho regulatorio de los accidentes, establecido por el Parlamento, por el gobierno o por la agencia reguladora con potestad reglamentaria, por una parte, y el derecho de daños creado y desarrollado por los tribunales, por la otra, el *case law*:

- El derecho regulatorio mira al futuro, se establece *ex ante*. En cambio, el derecho judicial de daños mira al pasado, se decide *ex post*.
- El derecho regulatorio suele ser detallado -y cada vez lo es más-. Es un conjunto de reglas, no de principios o no solo de ellos. En cambio, la mayor parte del derecho de daños parte de principios o estándares que los tribunales concretan de modo mucho más fluido y, muchas veces, de modo intersticial.

Entonces y en cuarto lugar, una pregunta capital del moderno derecho de daños es si la regulación detallada de un sector de actividad cierra o clausura el sistema de modo tal que excluya toda pretensión adicional por derecho de daños o si, por el contrario, el demandante puede ejercitar una pretensión de responsabilidad civil además de los remedios previstos por la regulación específica del caso: es el tema de la "*preemption*", de la cuestión de si el derecho regulatorio cierra o no el paso a ulteriores reclamaciones por responsabilidad civil.

Un ejemplo: ¿cierra la regulación vigente en España sobre la disolución del matrimonio y sus consecuencias la posibilidad de que uno de los cónyuges ejercite una pretensión de responsabilidad civil contra el otro y en cuyo fundamento alegue los daños morales que, presuntamente, le ha causado la infidelidad del demandado?

3.2. Jurisprudencia (Case-Law)

En España, el derecho de daños es fundamentalmente jurisprudencial, *case-law*. Y lo es, porque, como ya hemos indicado, las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares, no reglas -y son principios *generalísimos*-. Así, dos fuentes positivas básicas del derecho español de daños -el art. 1902 del Código Civil de 1889 y el art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público- se formulan como principios. Su concreción y desarrollo se dejan a la jurisprudencia y esta ha venido delimitando poco a poco grupos de supuestos análogos de responsabilidad civil, las llamadas -mal- "constelaciones de casos".

Tales grupos de supuestos van cambiando con el paso del tiempo y las circunstancias -a diferencia de las auténticas constelaciones, que están fijas en el firmamento- como hemos visto que ocurre en los casos de accidentes de ferrocarril. El jurista que trabaja la interpretación del derecho a partir del estado de los conocimientos científicos y técnicos puede ofrecer criterios razonables sobre el sentido de las resoluciones que propugna. Sin embargo, no existe ninguna teoría que permita predecir y explicar la dinámica del derecho de daños y no existe por la

misma razón por la cual no hay una ciencia de la Historia que nos permita predecir y explicar el devenir de una colectividad. Pero la razonabilidad del jurista es crucial a la hora de decidir, de nuevo por ejemplo, casos de accidentes de ferrocarril, si queremos encaminar a la colectividad hacia Castelldefells, o hacia Grindelwald o Interlaken. Siempre es importante que el jurista sepa hacer llegar a los tribunales y la colectividad misma el sentido último, las consecuencias de las decisiones que vayan a adoptar.

En derecho español, la Jurisprudencia en sentido estricto es solo la establecida por el Tribunal Supremo y, más concretamente, por cada una de sus Salas en asuntos de su competencia (*Spanish Supreme Court's Case-Law*), pero la denominada jurisprudencia menor, las sentencias de las Audiencias Provinciales (*Spanish Courts of Appeals' Case-Law*) son cada vez más importantes: en la actualidad, conocer cómo deciden las Audiencias las distintas constelaciones de casos es imprescindible en la buena práctica de cualquier abogado especializado en responsabilidad civil.

Dos buenas bases de datos de consulta:

- Westlaw Aranzadi (<http://guiesbibtic.upf.edu/dret/bd>)
- CGPJ – CENDOJ (www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

El equipo de investigadores que, en 1999, fundó InDret mantiene al día una selección de sentencias del Tribunal Supremo español sobre responsabilidad civil de los últimos años. Su contenido integra las páginas de este curso y ofrece un panorama de la jurisprudencia española reciente:

Pablo SALVADOR CODERCH y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (Coords.), Laura ALLUEVA AZNAR, Miquel S. MIRAMBELL FARGAS, Sergi MORALES MARTÍNEZ, Marta MORENO ALCALDE y Antoni TERRA IBÁÑEZ, "150 casos de derecho de daños (2004-2014) 10^a edición", *InDret* 4/2015 (http://www.indret.com/pdf/1192_es.pdf).

3.3. Doctrina (Secondary Literature or Secondary Sources)

Hay muchos buenos tratados, comentarios, monografías y artículos sobre responsabilidad civil. Los autores de este e-libro hemos seleccionado los siguientes, la mayor parte de los cuales versan sobre el derecho español, pero no todos, como los lectores comprobarán:

- Kenneth S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, 5th edition, Foundation Press, New York, 2017. En la tradición de Holmes, Posner y Prosser. Los mejores expositores del derecho de daños son siempre buenos escritores.
- Hugo ACCIARRI, *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, 1^a ed., Thomson Reuters La Ley, 2015. Junto con el libro de Bullard, dos de las más brillantes referencias latinoamericanas, utilísimas y usadas en las mejores universidades del cono sur por quienes ya son estudiantes de excelencia mundial.
- Mario BARCELLONA, *Trattato della Responsabilità Civile*, Ed. Utet, 2011. Tratado italiano de referencia.

- Arthur BEST, David W. BARNES, Nicholas KAHN-FOGEL, *Basic Tort Law: Cases, Statutes, and Problems*, 5th edition, Wolters Kluwer, 2018. Una introducción para estudiantes americanos de primer curso de derecho (indicación: todos ellos han cursado un grado universitario antes de empezar derecho).
- Alfredo BULLARD, *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2^a ed., Palestra Editores, Lima, 2009. Síntesis académica y profesional de primer nivel.
- José Manuel BUSTO LAGO, L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coords.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013. La puesta al día de un manual de referencia.
- Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. 4, 2^a ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016 (Javier PLAZA PENADÉS, "Comentario al art. 1902", pp.1364-1374; y Esther GÓMEZ CALLE, "Comentario al art. 1903", pp. 1374-1387). El otro manual de referencia.
- Robert COOTER, Thomas ULEN, "Law and Economics, 6th edition" (2012). *Berkeley Law Books*. Book 2. Versión on line, de 2016, disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/> Presentación asequible, muy meditada y muy bien escrita.
- José Antonio CORBACHO GÓMEZ, Joaquín ATAZ LÓPEZ, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021. Incluye más de un centenar de trabajos, algunos muy novedosos, sobre parte especial del derecho de daños.
- Erwin DEUTSCH, Hans-Jürgen AHRENS, *Deliktsrecht*, 6. Aufl., Verlag Carl Heymanns Verlag, 2014. Buena introducción al derecho de uno de los dos países más influyentes en la UE.
- Ricardo DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3^a ed., Universidad de Deusto, Civitas, Bilbao, Madrid, 1993. La visión del abogado.
- Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON, Basil MARKESSINIS, *Markessinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012. Obra británica de referencia.
- Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo V, 1^a ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. Referencia española: da razón del pensamiento dominante.
- Richard A. EPSTEIN, Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 12th edition, Aspen Publishers, 2020. La experiencia (Richard Epstein) se encuentra con la juventud (Cathy Sharkey) en la universidad -NYU- actualmente más potente en análisis académico del derecho de daños.
- Ward FARNSWORTH, Mark F. GRADY, *Torts: Cases and Questions*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2019.
- Michael FAURE, *Tort Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, 2nd edition), Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton, Massachusetts (USA), 2009. La enciclopedia.
- Massimo FRANZONI (Dir.), *Trattato della Responsabilità Civile* (Vol. 1: *L'illecito*, Vol 2: *Il danno risarcibile*), 2^a ed., Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 2010. Otro tratado italiano de referencia.

- James A. HENDERSON, Richard N. PEARSON, Douglas A. KYSAR, *The Tort Process*, 9th edition, Aspen Publishers, New York, 2017. Tres generaciones de académicos de primer nivel se concitan para producir un *case-book* extraordinario.
- Mariano José HERRADOR GUARDIA (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Las actas de un congreso de primeros especialistas en la materia.
- Keith N. HYLTON, *Tort Law. A Modern Perspective*, Cambridge University Press, New York, 1st ed., 2016.
- InDret. Revista para el análisis del derecho: www.indret.com. El origen de todo esto. Un producto muy costoso, acaso de algún valor y -para sus lectores- gratis. Editado y escrito por tres generaciones de civilistas.
- Hein KÖTZ, Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 13. Aufl., Verlag Vahlen, München, 2016. El mejor puente entre el derecho alemán, el *Common law* y el moderno análisis del derecho de daños, escrito por dos especialistas de primer nivel y de distintas generaciones, un clásico. Comparte con los *case-books* angloamericanos un estilo admirable, pues está muy bien escrito.
- José Luis LACRUZ BERDEJO et. al., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2º, Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito. 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013. Manual español de referencia.
- Ángel LÓPEZ LÓPEZ, M. Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Excelente introducción: la sensatez encarnada.
- Miquel MARTÍN-CASALS, *La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2011. La visión del primer comparatista español.
- Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, 3rd edition, Stanford University Press, Stanford, 2017. Óptima introducción analítica, indicada para estudiantes de doble grado.
- *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Band 5: *Schuldrecht - Besonderer Teil III, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*), 8. Auflage, C.H. Beck, 2018. Presentación clásica, panorama para práctica y academia.
- Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Comentario al artículo 1902 CC”, en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1971-2003. Los años transcurridos desde su publicación revalidan el comentario como la referencia clásica del derecho español de la negligencia.
- Fernando PEÑA LÓPEZ, “Comentario a los arts. 1902 a 1910 CC”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 2153-2171. Uno de los dos mejores comentarios globales al código civil español.
- Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- Robert L. RABIN, Marc A. FRANKLIN, Michael D. GREEN, Mark A. GEISTFELD, *Tort Law and Alternatives: Cases and Materials*, 10th ed., Foundation Press, New York, 2016.

- L. Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014. El testamento académico de Fernando Reglero, un gran profesor desaparecido prematuramente.
- Encarna ROCA TRÍAS, Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. La voz de dos profesoras de dos generaciones, una de ellas magistrada del Tribunal Supremo y, desde 2011, del Tribunal Constitucional.
- Pablo SALVADOR CODERCH, Antoni TERRA IBÁÑEZ, *Law and Economics*, en A. MARCIANO, G. B. RAMELLO (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, 2021.
- Günter SCHWARZ, Manfred WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse – Deliktsrecht, Shadensrecht, Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag*, 6. Auflage, Verlag Vahlen, 2014. Imprescindible para la formación de un académico versado en *Civil Law*: el derecho de daños de Alemania, la primera potencia industrial y exportadora de Europa, un país cuyos sectores de actividad están intensamente regulados y que no se puede permitir inseguridad jurídica ni incertezas de ningún tipo a la hora de delimitar las incumbencias de cada persona u organización en el marco de una división muy detenida del trabajo.
- Victor SCHWARTZ, Kathryn KELLY, David PARTLETT, *Torts, Cases and Materials (University Casebook Series)*, 13th Revised edition, Foundation Press, New York, 2015.
- Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1st edition, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2004. Paradigma implacablemente neoclásico del análisis económico del derecho, sin casos.
- Aaron TWERSKI, James A. HENDERSON, W. Bradley WENDEL, *Torts: Cases and Materials*, 4th ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2017.
- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Introduction à la responsabilité* (2008), *Les conditions de la responsabilité* (2013), *Les effets de la responsabilité* (2011), 3^{ème} éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), (Collection Jacques GHESTIN [Dir.], *Traité de droit civil*). Manuales franceses de referencia, muy cercanos a nuestra cultura.
- John Fabian WITT, *Torts: Cases, Principles, and Institutions*, 3rd ed., CALI eLangdell® Press, 2018. Versión online, actualizada a junio de 2018, disponible en <https://www.cali.org/sites/default/files/FINAL-Witt-TCPI-07-03-18-cover.pdf>.

4. Análisis económico del derecho (*Law and Economics*)

La economía, la ciencia social que estudia la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Paul KRUGMAN, Robin WELLS), puede aplicarse con buenos frutos al análisis del derecho -como también pueden serlo la psicología, la ciencia política o la sociología- y, durante el último medio siglo, lo ha sido con mucho y justificado éxito, algunos fracasos -y, notablemente, algunos excesos.

El análisis económico del derecho puede ser positivo o normativo:

El análisis positivo pregunta sobre las consecuencias económicas del establecimiento y aplicación de una regulación determinada, por ejemplo, ¿qué efectos tendría establecer una regla general de defecto en cuya virtud la velocidad máxima de circulación de vehículos a motor en las vías urbanas no debe superar los treinta kilómetros por hora?

El análisis normativo pregunta sobre cuál es la mejor regla, de entre varias reales o posibles, en términos de eficiencia económica y, por ello, de entre las distintas alternativas razonablemente posibles en términos de limitación de velocidad en vías urbanas, considera preferible aquella que resulte más eficiente en términos de costes y beneficios sociales.

El análisis económico, aplicado al derecho de daños, al derecho de accidentes, abordado con las técnicas de la responsabilidad civil, parte de considerar las consecuencias probables, positivas y negativas, de las distintas actividades sociales cuyo desarrollo genera accidentes.

Thomas J. MICELI, uno de los mejores analistas económicos del derecho, señala que el riesgo de causar algún daño es el subproducto inevitable de muchas –si no de todas- las actividades sociales globalmente beneficiosas. Y aunque, escribe, normalmente no podemos eliminar el riesgo sin suprimir de raíz la actividad de que se trate, deberíamos adoptar todas las medidas, justificadas en términos de costes y beneficios, para minimizar el riesgo: deberíamos, pues, invertir en reducción de riesgos cantidades crecientes de recursos hasta el punto en que un euro adicional empleado en evitar pérdidas derivadas de los accidentes solo consigue impedir accidentes estimados justamente en otro euro.

Toda sociedad avanzada dispone de muchos medios distintos -jurídicos y no jurídicos- para controlar los riesgos derivados de las actividades peligrosas –de casi todas-, pues, además de la responsabilidad civil, tales actividades pueden estar sujetas a regulaciones de seguridad, a impuestos, al derecho administrativo o, incluso, al derecho penal, además de estarlo a medidas físicas de seguridad o a tradiciones educativas y cívicas que nada tienen que ver con el derecho.

En todo caso, la esencia de la responsabilidad civil es la obligación potencial, asumida por el demandado, de reparar los daños causados a la víctima de un accidente y que esta -o un allegado suyo, si la víctima falleció- reclama ante un tribunal de justicia.

5. Las dos concepciones tradicionales de la responsabilidad civil: el daño como injusticia que debe ser corregida y el daño como pérdida que debe ser evitada

Hay dos concepciones polares del derecho de la responsabilidad civil. De acuerdo con la primera, la causación de un daño injusto exige su corrección, que debe ponerse a cargo del responsable del daño mismo. Esta es la concepción tradicional del derecho de la responsabilidad civil y a la cual se afilan la mayor parte de los juristas que abordan esta materia. Sus raíces están en la justicia correctiva o distributiva de Aristóteles. El daño si es injusto ha de ser compensado, la justicia restablecida y el equilibrio anterior recompuesto. La idea crucial aquí es la de compensación y el sistema de responsabilidad civil se entiende como uno que tiende a la compensación de los daños injustamente causados (*Wrongs, Moral Wrongs*).

A esta concepción, se contrapone desde el siglo XIX (desde la obra de Oliver W. HOLMES, Jr., el realismo jurídico después y el análisis económico del derecho desde inicios de la segunda mitad del siglo XX) la visión de los daños como pérdidas (*losses*) o costes sociales (*costs*) que hay que

evitar o prevenir. Y la medida de la prevención la ofrece la eficiencia económica: hay que evitar la causación de daños a terceros si no hacerlo así resultara socialmente ineficiente.

Hay posiciones intermedias: una de ellas bien defendida durante la última década sostiene que el derecho de la responsabilidad civil de cada jurisdicción caracteriza positivamente como ilícitos determinadas conductas así calificadas por la ley o por la jurisprudencia y por cuya realización cuando causan un daño el derecho establece una pretensión, un remedio indemnizatorio a favor de la víctima o de sus causahabientes. Esta concepción, que ha sido defendida por John GOLDBERG y Benjamin ZIPURSKY en numerosos trabajos (*Torts as Wrongs*, 88 TEX. L. REV. 917, 2010), toma de la concepción tradicional la noción de injusto pero exige que esté positivizada, es decir, aceptada como tal por el derecho aplicable en la jurisdicción de que se trate. No bastaría así una noción puramente moral de daño injusto, sino que se requiere su asunción por parte del derecho. Hay pues un plus de positivización, de asunción formal por parte del derecho de la comunidad de que se trate de la idea de daño injusto (*Civil Recourse Theory*). Esta construcción tiene a su favor la constatación empírica de que los sistemas jurídicos de derecho de daños son distintos en cada jurisdicción. Sin embargo, ha sido criticada por centrarse exclusivamente en la idea de injusto legalizado desconsiderando la noción de pérdida, de coste, que es patente en todos aquellos campos de la responsabilidad civil en los cuales rige un principio de responsabilidad objetiva ajeno a la idea de que la responsabilidad emana del incumplimiento de un deber impuesto por la ley o por la jurisprudencia [Alan CALNAN, *What's Wrong with Torts as Wrongs (or Redirecting Civil Recourse Theory)*, 2011, http://works.bepress.com/alan_calnan/9].

6. Concepto y clases de accidente, y limitaciones del derecho de daños. La minimización de los costes sociales de los accidentes

6.1. Concepto y clases de accidente

Accidente: suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas (DRAE).

Accident: a mishap, a mischance, especially one causing injury or death (Collins English Dictionary).

Clases de accidentes: la implosión de la distinción entre accidentes naturales y accidentes causados por conductas humanas. Tradicionalmente los accidentes pueden ser naturales o causados (o coausados) por una conducta humana, individual o colectiva.

Ejemplos de accidentes naturales (*natural accidents, acts of God*) son los terremotos, como los de Haití y Chile, de 2010, nuevamente el de Haití en agosto de 2021, o los maremotos (*tsunami*), como el de Japón en 2011. También los huracanes, ciclones, tormentas, inundaciones, incendios de origen natural. Los accidentes naturales no siempre son acontecimientos discretos, sino que, en ocasiones, son fenómenos que tienen lugar muy lentamente y cuyos efectos se manifiestan a lo largo de períodos muy dilatados de tiempo: así los denominados *Medieval Warm Period (950-1250)* o *The Little Ice Age, 16th-19th centuries*. Pero en estos últimos casos, la noción de accidente se difumina hasta desaparecer. Además, no todos los accidentes naturales son catastróficos (Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Rosa MILÀ RAFEL, "Catastrophic

Damages: Liability and Insurance", in Karen B. BROWN, David V. SNYDER [Eds.], *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 1st edition, Springer, New York, 2012, p. 85-103, esp. 90), sino que muchos de ellos dañan únicamente a una o a muy pocas víctimas, como la caída de un rayo o de un árbol.

Los accidentes causados por una conducta humana (*caused by human agency*) son los causados o agravados por conductas humanas, tales como los de trabajo, los de tráfico, los iatrogénicos, los domésticos.

La distinción entre accidentes naturales y accidentes causados por los seres humanos está en crisis: 2008 fue el año en el cual, por primera vez en la historia de la Humanidad, más habitantes de la Tierra vivían en ciudades que en el campo. Ciertamente, el campo es una idealización que, al menos desde la Revolución Neolítica, desde la última glaciación, hace 10.000 años, cada vez ha tenido menos que ver con la naturaleza, con el mundo silvestre, no humanizado. Tanto es así que, para muchos geólogos -rendidos a la geografía, una ciencia humana-, ya no vivimos en el Holoceno, la fase del Cuaternario posterior a la última Glaciación, sino que hemos entrado en, el Antropoceno, en la Era del Hombre (Paul CRUTZEN y Eugene STOERMER).

Así, el terremoto de Haití, de 12 de enero de 2010, mató quizás a 200.000 personas, pero el muy poco posterior de Chile, de 27 de febrero de 2010, de mayor intensidad, causó la muerte de menos de 600: Chile estaba mucho mejor preparado que Haití para soportar la catástrofe. De nuevo, el reciente terremoto de Haití, el 14 de agosto de 2021 ha causado más de 2.200 víctimas mortales y ha dañado o destruido casi 140.000 edificios.

El Tsunami de Japón, de 11 de marzo de 2011, mató a casi 16.000 personas, pero su consecuencia más destacada culturalmente fue su efecto sobre la central nuclear de Fukushima Daiichi y sobre la política energética mundial de una generación.

Para muchas personas, los accidentes naturales no existen. No es así, pero el jurista hará bien en apuntar a las posibilidades que la ciencia y la técnica ponen a nuestra disposición para prevenir un accidente y los costes de todo tipo de la prevención. Un ejemplo de libro es la susceptibilidad de algunas localidades del Sureste español a un terremoto: sabemos que se producirá, pero no estamos en condiciones de decir cuándo (véase la web del Servicio de Información Sísmica del Instituto Geográfico Nacional, Ministerio de Fomento www.ign.es/ign/layout/sismo.do).

6.2. Limitaciones del derecho privado de daños

También están en crisis las distinciones que dividen al mundo en sistemas nacionales de derecho. Desde 2009, se discute sobre el concepto de límites, linderos o fronteras ecológicos del planeta (*Environmental Boundaries of the World*) que se construye sobre nueve categorías de problemas, algunas de las cuales, al menos, no reconocen fronteras políticas ni, por tanto, sistemas nacionales de derecho (cambio climático, acidificación de los océanos, desaparición de la capa de ozono, intervención en el ciclo del nitrógeno, roturación y urbanización crecientes, extinción, incremento de los polucionantes químicos y su creciente concentración en la atmósfera, difusión de transgénicos, etc.). Algunas de estas fronteras no son globales, pero otras lo son y todas ponen de manifiesto las limitaciones del derecho de daños como derecho de los accidentes: tratados internacionales, políticas mundiales, derecho público y regulatorio,

derecho sancionador, impulso del desarrollo tecnológico son instrumentos aparentemente más eficaces para afrontar los retos del Antropoceno que el viejo derecho nacional de daños.

Sin embargo, el derecho de daños sigue interpretando un rol esencial, pues en tanto en cuanto constituye un instrumento de cambio del derecho mismo de los accidentes, es un motor de su dinámica: típicamente, los nuevos supuestos de responsabilidad civil impulsan cambios de legislación, las iniciativas descentralizadas de los abogados especializados en responsabilidad civil anuncian con frecuencia los cambios que habrán de llegar. Además, los nuevos casos de derecho de daños tienen un valor expresivo -ejemplar, se decía antes- igualmente importante y contribuyen a modificar los juicios de valor básicos que preconfiguran las interpretaciones judiciales de los principios o *standards*.

Así, los derechos de daños son fundamentalmente nacionales, pertenecen a sistemas estatales de derecho -aunque haya macrosistemas regionales armonizados de derecho de daños, como sucede con el derecho europeo de la responsabilidad civil del fabricante.

Los sistemas de derecho de daños están caracterizados por rasgos comunes: son, como acabamos de señalar, fundamentalmente nacionales, pero las herramientas analíticas utilizadas para su explicación y mejora son globales y por ello permiten realizar una valoración igualmente global y unitaria de cada sistema nacional. En todos ellos, podemos preguntar sobre los costes y beneficios de la responsabilidad civil -que es muy costosa de aplicar-, sobre su contribución a mejorar la eficiencia, en sentido económico, de las conductas humanas, sobre la que puedan tener, psicosociológicamente, a corregir los sentimientos de maltrato, de trato injusto, que la causación de un daño pueda haber generado en sus víctimas o en la sociedad, o sobre los efectos meramente distributivos de su aplicación, sobre sus consecuencias en la seguridad jurídica y en la certeza del derecho, o sobre sus efectos en el desarrollo tecnológico.

Luego, son sistemas basados en la aplicación privada del derecho, en el ejercicio de pretensiones resarcitorias por decisión de las víctimas de un daño o -si estas fallecieron- de sus herederos o allegados. Operan *ex post*, después de que el accidente y, por tanto, el daño hayan tenido lugar.

Y su rasgo más característico consiste en que toda acción de daños en cualquier sistema de derecho consiste en el ejercicio judicial de una pretensión tendente a la reparación del daño o a su indemnización en dinero, dirigida contra el causante del daño, o contra la persona, natural o jurídica, que ha de responder por aquel, o contra la compañía aseguradora de ambos.

6.3. La minimización de los costes sociales de los accidentes (Guido CALABRESI, 1970; Steven SHAVELL, 2004) y las simplistas asunciones iniciales de los primeros modelos analíticos del moderno derecho de daños

Durante el último medio siglo, la noción de que el derecho de daños puede contribuir, con otras ramas del derecho, a reducir y, específicamente, a minimizar los costes sociales de los accidentes ha ido a más. Aunque los sectores doctrinales más tradicionales del derecho civil español se aferran a la idea de que el derecho de la responsabilidad civil persigue principalmente compensar daños, nadie hasta ahora ha sido capaz de negar fundamentalmente que la compensación perfecta supone prevención óptima: la prevención de daños es la sombra de su compensación. En efecto, a poco que nos paremos a pensar, un sistema de reglas de

responsabilidad civil que consiguiera que todos los casos de accidentes por los cuales alguien ha de responder se transigieran o litigaran con el resultado de que la víctima obtuviera una compensación integral de los daños, prevendría óptimamente la ocurrencia potencial de tales daños: yo no causaré un daño evaluado en 100 si tengo la certeza de que, de hacerlo, me condenarán a pagar a mi víctima tal cantidad, y si *ex ante* puedo evitar el accidente invirtiendo 75 en precauciones ($75 < 100$) --y los beneficios que obtengo de mi actividad son los mismos en ambos casos--.

Al respecto, los modelos más sencillos del análisis económico parten de asunciones simples, escasamente realistas, pero heurísticamente muy fecundas, pues, en términos generales, las personas razonablemente bien informadas y que no estén trastornadas responden a los incentivos. Básicamente, los modelos parten de suponer que, primero, podemos identificar un nivel de precaución que minimiza el coste total de los accidentes para cada tipo de actividad (fabricar objetos, conducir automóviles, prestar servicios médico-sanitarios, etc.). El coste total incluye los costes privados, es decir, los que sufre la víctima, y los costes sociales, los que experimentan terceros.

En segundo lugar, los modelos asumen, también muy drásticamente, que los agentes sociales son neutrales al riesgo, que están perfectamente informados de las consecuencias de sus actos - o de sus omisiones- y que sus conductas individuales son la única causa de cada accidente, es decir, que las víctimas nada pudieron hacer para evitar el daño.

Asumen además que los individuos son económicamente racionales, es decir, que responden a los incentivos de forma tal que su comportamiento se ajusta siempre al que resulta más eficiente, dada una regla de derecho que se les aplicará inexorablemente en todos y cada uno de los casos en que hayan incurrido en una conducta dañosa por la que hayan de responder.

Finalmente, se suele suponer que las reglas de derecho de daños objeto de análisis permiten conseguir una compensación perfecta de los accidentes, de modo tal que sus víctimas son compensadas de forma tan ajustada al daño sufrido que si, antes del accidente, fueran preguntadas sobre qué preferirían, si no sufrir el accidente o sufrirlo y ser indemnizados por ello, responderían que les resultaría indiferente, les daría igual.

A lo largo de este curso, veremos que ninguna de estas asunciones puede mantenerse incólume, pero, como en otros muchos experimentos, conviene comenzar pensando qué ocurriría si los realizamos en el vacío. Luego, tiempo habrá para complicar las condiciones de partida. Pero, por mucha complejidad que añadamos, nunca prescindiremos de la idea básica: *a la larga, los humanos responden a los incentivos* (el lector escéptico hará bien en recordarnos a Nietzsche cuando escribió que *la única razón por la cual el hombre no toma el veneno es su mal sabor*).

Frente a las limitaciones del análisis moderno del derecho de daños, el análisis doctrinal tradicional insiste aburridamente en la de que la responsabilidad civil pretende únicamente compensar íntegra o limitadamente daños causados, corrigiendo en su caso la injusticia generada por el daño mismo. Mas, como ya hemos señalado, si el derecho de daños en acción compensa adecuadamente, es decir, íntegramente, a todas las víctimas en todos los casos de causación de un daño por los que se haya de responder, también minimiza los costes de los accidentes de que se trate. Últimamente, el análisis tradicional admite la función preventiva del derecho de daños, pero solo como una consecuencia de hecho, no como un efecto normativo del

derecho de la responsabilidad civil, algo así como si defendiéramos que la condena a una pena de privación de libertad fuera un efecto normativo de la sentencia penal, pero el ingreso en prisión y sus devastadoras consecuencias, una de puro hecho. En estas sedes, la distinción entre efectos de derecho y de hecho roza la metafísica.

Mucho más relevante que la crítica anterior es otra distinta que relaciona el derecho de daños con una función correctiva, catártica, restauradora del orden jurídico y social alterado por el causante y responsable de los daños. Esta crítica es mucho más digna de atención que la anterior y apela a la psicología social, un punto de vista desconsiderado por el análisis económico neoclásico del derecho.

Y finalmente quizás es decisiva la consideración de que el derecho no está únicamente condicionado por la economía, sino que lo está igualmente por todos los saberes científicos y tecnológicos así como por las pautas culturales que caracterizan a cada comunidad nacional: a largo plazo, el derecho cumple cabalmente sus funciones si trata de realizarlas a partir del estado de los conocimientos, no a su margen ni, mucho menos, en contra de ellos: la ignorancia no es fuente de derecho Véase Pablo Salvador Coderch y Sergi Morales: *El derecho naturalizado*, InDret, 2-2017.

8. Responsabilidad civil y penal (*Tort and Crime*)

En derecho de accidentes y en general, interesa la distinción entre derecho público y derecho privado: el derecho público establece infinidad de regulaciones que establecen, *ex ante*, cuáles son las condiciones de seguridad (precauciones) bajo las cuales está permitido desarrollar tal o cual actividad y, *ex post*, cuáles son las consecuencias de no haber observado las precauciones establecidas, normalmente, una multa pecuniaria, pero también, la suspensión de la actividad, su cese, o, incluso, la imposición de penas en sentido estricto (aplicación del derecho penal). En España, a diferencia de lo que ocurre en los países de nuestra área cultural, los ilícitos tipificados en el Código Penal comportan una pena, una sanción específicamente penal, pero además, en el mismo proceso en el cual se ventilan las eventuales responsabilidades penales de los imputados, se resuelve sobre sus responsabilidades estrictamente civiles o aquellas de las personas de quienes dependen.

El derecho penal, el derecho de la responsabilidad penal, es primariamente derecho público que tutela intereses públicos, esto es, los consistentes en evitar la comisión de delitos y en restablecer la justicia quebrantada por el delincuente. El derecho civil de daños, el derecho de la responsabilidad civil, no es incongruente con el anterior, pues también pretende abordar la reducción razonable o la supresión de riesgos que afectan a miembros de la colectividad o a toda ella. Pero ello se consigue, en el caso del derecho civil, con pretensiones puramente civiles ejercitadas normalmente en un proceso civil y queda siempre a la decisión del demandante la relativa al ejercicio de la pretensión de daños. El derecho de daños es privado por dos razones: el demandante elige entre accionar o no hacerlo y la indemnización que, en su caso, obtenga, quedará en su patrimonio, no es ninguna multa que engrose las arcas de la Hacienda Pública.

Sin embargo, ya hemos señalado que un mismo acto puede ser, al mismo tiempo, un ilícito penal y un supuesto de responsabilidad civil: de derecho, todos los delitos pueden generar una acción de responsabilidad civil por los daños eventualmente causados, acción que, normalmente, se

ejercerá en el proceso penal, pero que los afectados pueden reservarse para ejercitárla en un proceso civil independiente (art. 112 LECr), algo que raramente sucede.

9. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad (también civil, pero) contractual (*Tort and Contract*)

En derecho privado interesa la distinción entre responsabilidad contractual, por un lado, y extracontractual o civil (derecho de daños en sentido estricto), por el otro. En una primera aproximación, la conducta cuya realización implica el incumplimiento de un contrato conlleva la responsabilidad de la parte incumplidora frente a su contraparte, pero no es considerada un supuesto de responsabilidad civil. Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato de transporte de personas no genera responsabilidad civil aunque, claramente, pueda dar lugar a responsabilidad contractual en los términos previstos por el contrato mismo o la ley. Sin embargo, si, con ocasión del transporte, quien lo realiza, hiere o veja al viajero, este dispondrá de una pretensión específica de responsabilidad civil con independencia de las que puedan derivarse del contrato mismo.

En virtud de lo genéricamente establecido por el art. 1255 CC o, menos formalistamente, en virtud del ingenio característicamente humano, los humanos mismos y las organizaciones creadas por ellos, pueden entablar relaciones contractuales muy diversas y con un contenido infinitamente diverso: el incumplimiento de las obligaciones establecidas a cargo de una de las partes en un contrato válido da derecho a la otra a llevar a la primera ante un Juez para que éste establezca las consecuencias de la infracción según el mismo contrato. Así, los deberes y obligaciones contractuales son creados por el ingenio y promesas de las partes contractuales. En cambio, los deberes derivados del derecho de daños dimanan directamente de la legislación y de los reglamentos aplicables o del derecho judicial, al margen de todo pacto o acuerdo entre las partes.

En el *Common Law*, la responsabilidad contractual es fundamentalmente objetiva, mientras que la responsabilidad civil es mayormente por negligencia. Sin embargo, en el *Civil Law* y, concretamente, en derecho español, la responsabilidad contractual parte de un principio general de negligencia, aunque la cuestión es muy discutida.

En la práctica, la dinámica del derecho de contratos es estrictamente privada: los contratos surgen y se desarrollan de abajo arriba *-bottom-up-* a partir de las soluciones ingenieras por los abogados de las partes, para cada sector del tráfico económico privado, ante el desarrollo de la tecnología y la comercialización de nuevos productos y servicios cuyo acceso al mercado y distribución exigen nuevas soluciones contractuales. En cambio, la dinámica del derecho de daños, de responsabilidad civil, es regulatoria *-top-down-* y judicial *-bottom-up-*, pero siempre pública. Ello genera diferencias estructurales importantes: el derecho de contratos mira a crear o facilitar rutas comerciales, tráfico económico y solo secundariamente litigación. En cambio, el derecho de daños está centrado en la litigación, pues su énfasis está puesto en la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios en un proceso judicial. La diferencia es tan marcada que, en algunos países, los abogados de contratos y los abogados de litigación se diferencian claramente los unos de los otros.

9.1. Material complementario: ¿responde el propietario por los daños que él mismo ha causado al objeto de su propiedad?

Desde luego responde si, en un contrato, se ha obligado a entregarla en buen estado o se ha comprometido a reparar los daños, pero en estricto derecho de daños -de responsabilidad extracontractual, civil, se responde por los daños causados a otro, no por los causados a uno mismo o a un objeto propio: La STS, 1^a, 349/2012, de 11 de junio, MP: Francisco Marín Castán, resuelve esta cuestión relativa a si el propietario de una finca contaminada por él mismo con ocasión del ejercicio de una actividad industrial lícita y que después vendió a un tercero responde, por responsabilidad extracontractual, frente a un subadquirente por los daños económicos derivados del coste de descontaminación.

En palabras del Tribunal Supremo:

"Se trata de decidir si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua puede repercutir retrospectivamente los costes de la descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar esta en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación, conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. Y esta decisión se somete por la actora-recurrente a la jurisdicción civil con base en el Código Civil pero invocando el principio "quien contamina paga", presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso".

Ercros, S.A. "explotaba desde el primer tercio del siglo XX una fábrica sita en un terreno de su propiedad ubicado en la fachada marítima de Badalona, y destinada a la fabricación de (...) productos químicos y abonos".

El 7.5.1987, la Corporación Metropolitana de Barcelona (luego Consell Comarcal Barcelonés) aprobó el Plan Especial de la Fachada Marítima de Barcelona, que contemplaba la ubicación del futuro puerto de Badalona al norte de los mencionados terrenos, y los calificaba como terrenos para pequeña y mediana industria, con la excepción de una zona destinada a uso residencial.

El 14.5.1987, Ercros, S.A. vendió mediante escritura pública a la Corporación una porción de terreno de unos 71.000 m² ubicada en primera línea de mar por 3.906.579 euros (650 millones de ptas.). En aquel entonces, el precio de mercado del terreno vendido era muy superior, de 5.318.957 euros (885 millones de ptas.), pero los terrenos estaban altamente contaminados por un contenido elevado de plomo y arsénico.

El 31.7.1987, Ercros cesó su actividad industrial y, en el pleito, quedó acreditado que, con posterioridad, el lugar fue utilizado como zona de extracción de arenas y vertido incontrolado de residuos de procedencias diferentes.

En 1989, Ercros vendió el resto de los terrenos a Prima Inmobiliaria, S.A., la cual y a su vez los vendió mediante escritura pública el 9.5.1990 a Inmobiliaria Industrial Urbana, S.A. y ésta,

finalmente, los vendió al Instituto de Crédito Oficial (ICO), un banco público, en 1994 en pago de deudas.

En 1991, el Ayuntamiento de Badalona decidió ubicar el puerto en los antiguos terrenos de la demanda, pese a ser conocida la contaminación de la zona por los estudios que había iniciado el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en 1990, y dividió la zona en dos polígonos: uno destinado a suelo residencial y el otro a sistema portuario. El Gobierno de la Generalitat aprobó el proyecto de construcción del puerto deportivo de Badalona y otorgó a Marina Badalona, S.A., sociedad participada al 50% por el Consell Comarcal Barcelonés y el Ayuntamiento de Badalona, la concesión para la construcción y explotación del puerto, con asunción, entre otras obligaciones, de descontaminar los terrenos.

En 2001, 2002 y 2003 el Consell Comarcal Barcelonés aportó la porción de terreno que había comprado a Ercros a Marina Badalona, S.A. como aportación no dineraria con ocasión de tres sucesivas ampliaciones de capital realizadas en tales años. Del valor de la finca se descontaron en aquel momento 3.432.981 de euros (571 millones de ptas.) en concepto de gastos de descontaminación.

El 19.12.2002 y por escritura pública, ICO vendió a Marina Badalona, S.A. los terrenos que originariamente habían pertenecido a Ercros haciendo constar que tales terrenos iban a verse afectados por las obras de construcción del puerto de Badalona y que, dado que existía un remanente de contaminación del suelo, el coste de la contaminación (valorado en 8.005.481 euros) debía descontarse del precio de la venta de los terrenos, precio que quedaba en 11.419.230 euros.

Marina Badalona, S.A. demandó a Ercros, S.A. y le reclamó el pago de 25.444.530,10 euros por daños y perjuicios asociados a la contaminación de las fincas, con base en el art. 1902 CC, pero también por haber cumplido la obligación de descontaminación que incumbía a Ercros. Al efecto se refería a doctrinas relacionadas con la subrogación, el reembolso, la repetición y el enriquecimiento injusto y citaba la STSJ de Cataluña núm. 308/2004 de 28.4.2004, que habría impuesto a Ercros la obligación de descontaminación.

El 3.6.1997, la Junta de Residuos de la Generalitat de Cataluña había requerido a Ercros, S.A. para que, en el término de dos meses, procediese a la retirada de escombros y residuos y a la realización de un estudio sobre el alcance de la contaminación, requerimiento reiterado el 26.6.1997 y el 28.11.1997. Ercros presentó un recurso administrativo contra este último, que fue inadmitido el 11.11.1998, inadmisión confirmada por posterior resolución del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya, de 31.1.2000. Ercros interpuso entonces recurso contencioso-administrativo contra esta última resolución y el TSJ de Cataluña en Sentencia de 28.4.2004 lo admitió y, tras revocar las decisiones administrativas en cuanto a sus pronunciamientos de inadmisibilidad del recurso, entró en el fondo del asunto y desestimó el recurso contra la resolución de la Junta de 28.11.1997:

"[E]l apartado a) del (...) artículo 15 [de la Ley 6/1993, de 15 de julio, de residuos de Cataluña] considera como responsable directo de la regeneración de los espacios degradados por descargas incontroladas a la persona que ha efectuado la descarga y solidariamente al productor o el poseedor del residuo, siendo responsable únicamente subsidiario de la misma(...), según su apartado b), el propietario de la finca (...) o en su caso el titular del dominio público afectado, y constituyendo obligación del productor y del poseedor de los residuos, según el art. 17.1.a), la de

garantizar su gestión de acuerdo con sus prescripciones desde luego inmediatamente aplicables a un requerimiento de descontaminación producido bajo su vigencia, y ante una contaminación que se mantuvo en el tiempo tras ella, cualesquiera que fuesen los acuerdos, privados o incluso de carácter o alcance urbanístico, que pudieran haberse alcanzado al momento de la venta de los terrenos" (FD. 5º).

La SJPI nº 27 Barcelona (8.1.2008) estimó en parte la demanda y condenó a Ercros al pago de 8.895.785,28 euros. En apelación, la AP (Sección 16ª) de Barcelona (31.3.2009) estimó el recurso de apelación interpuesto por Ercros, S.A., desestimó el de la demandante, y revocó la SJPI, desestimando la demanda:

"El coste de la descontaminación de un suelo contaminado debe ponerse en relación con el uso urbanístico de ese suelo(...) [en este sentido, art. 15 Ley 6/1993, en su redacción dada por la Ley 9/1998, y actual art. 19 b Decret Legislatiu 1/2009, de 21 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei reguladora dels residus: "Que les persones causants de la contaminació d'un emplaçament resten obligades a sanejar-lo en funció de l'ús urbanístic que tenia quan el van transmetre. No es poden requerir mesures de sanejament complementàries vinculades als nous usos urbanístics del sòl, llevat que hagin estat promoguts per elles mateixes" (...)]

"[L]a reclamación fundada en el art. 1902 producía una sensación de perplejidad porque **los daños se habrían causado a una finca propia** de la demandada cuando ejercía una actividad industrial que cesó en 1987;(...) descartada cualquier obligación contractual de Ercros para con Marina, ya que ésta no compró directamente los terrenos a aquella ni funda su demanda en acciones derivadas del contrato de compraventa, tampoco cabía la responsabilidad extracontractual por **faltar el elemento de alteridad**, como consideró la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 rectificando el criterio de la de 29 de octubre del mismo año(...); en último extremo, la acción para exigir responsabilidad civil extracontractual habría prescrito conforme al art. 1968 CC, pues el caso no sería de daños continuados sino permanentes y, además, conocidos desde mucho años antes de la interposición de la demanda, de modo que nada habría impedido(...) reclamar en su momento por los daños, al margen de una responsabilidad por saneamiento que parece haber sido asumida y resuelta convencionalmente en su momento" (**énfasis añadido**)

"La demandante no hizo propiamente una regeneración del solar por sustitución de una obligación concreta y exigible a la demandada impuesta por la Administración en interés general, sino que lo que hizo fue urbanizar la zona en propio interés y, ciertamente, ello implicó la descontaminación de la finca" (FD. 2º STS).

Marina Badalona, S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El segundo, por infracción de los arts. 1210 y 1158 CC, arts. 33, 43 y 45 CE y art. 1902 CC, así como por infracción del art. 1968 CC. El TS desestimó ambos recursos y confirmó la SAP:

"[E]ntre los dos referidos criterios opuestos de decisión [el de la STS, 1ª, 29.10.2008 (RJ 5801), en la que el Tribunal Supremo condenó a Ercros con base en la responsabilidad extracontractual y el de la STS, 1ª, núm. 1135/2008, 22.12.2008, en la que el Tribunal, en cambio, le absolió porque los daños fueron causados a una finca propia] esta Sala considera que debe reiterar [el segundo criterio, según el cual] (FD. 4º):

“Cuando se trata de daños originados en la cosa vendida (...) el daño sufrido por el comprador resulta, en principio, del deficiente cumplimiento o del incumplimiento del contrato de compraventa; la relación de responsabilidad que resulta del cumplimiento o deficiente incumplimiento tiene el mismo alcance subjetivo que el que media, dentro de la órbita contractual, entre el que causa el daño (vendedor) y el que lo recibe (comprador); el ordenamiento jurídico prevé consecuencias específicas para los casos de defectos en la cosa vendida; y, finalmente, los bienes afectados son de carácter patrimonial, en tanto no se demuestre la afectación de bienes o derechos de mayor trascendencia. En suma, los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos [acción redhibitoria y *quanti minoris* (de disminución del precio ‘en cuanto menos’)] o la acción resolutoria dimanante del incumplimiento del contrato cuando la cosa entregada es sustancialmente distinta de aquélla que se pactó como objeto de la compraventa o inhábil para el uso a que se destina (una cosa por otra, o *aliud pro alio*).

Esta reclamación debe ir dirigida contra el vendedor mediante, si procede, la subrogación que a tenor del artículo 1511 CC se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmisores anteriores(...)

El hecho de que el comprador no sea el primer adquirente no lo autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya sufrido la cosa vendida (FD. 4º) (...)

En último extremo, aunque se admitiera una obligación *ex lege* de Ercros, resultaría que ésta ya se habría cumplido frente a la demandante, como razona la sentencia impugnada, mediante los sucesivos descuentos del coste de la descontaminación en los negocios jurídicos privados de transmisión de los terrenos” (FD. 5º).

La STS, 1ª, 616/2016, de 10 de octubre, MP: Fernando Pantaleón Prieto, revalida el criterio sobre el requisito de la alteridad del daño: “no cabe admitir que la distribución de cargas y riesgos entre las partes contratantes que comporta el régimen, convencional o legal supletorio, de la responsabilidad contractual pudiera resultar desbaratada mediante el recurso a las normas de la responsabilidad extracontractual”. No obstante, confirma la estimación parcial de la demanda, porque en el caso de autos “no hay base alguna para afirmar que el coste de descontaminar la finca fuera descontado del precio de más de 24 millones de euros”. Según el TS, resulta aplicable, por tanto, el artículo 27.2 Ley 10/1998, que obliga de manera solidaria a los causantes de la contaminación a realizar las operaciones de limpieza y recuperación y de manera subsidiaria a los poseedores de los suelos contaminados. Si el poseedor asumió la descontaminación, como sucedió en el caso, podrá luego accionar contra los causantes de la contaminación para recuperar el coste asociado al cumplimiento de sus obligaciones.

10. Responsabilidad civil y derecho regulatorio

En el modelo del art. 1902 Código Civil de 1889, el derecho de la responsabilidad civil se concibe básicamente como derecho jurisprudencial: las constelaciones de casos van delineando supuestos genéricos de posible responsabilidad civil. Esto es así, aunque, en la práctica, gran parte de las pretensiones indemnizatorias de responsabilidad civil dimanan del derecho regulatorio de cada sector de actividad o, más específicamente, de su infracción. La trabazón entre la noción de la responsabilidad integrada por constelaciones de casos delineadas jurisprudencialmente y su caracterización más moderna como el resultado de la aplicación del derecho regulatorio se consigue a poco de que se caiga en la cuenta de que muchas pretensiones de responsabilidad surgen de la infracción de los códigos de las buenas prácticas de la *lex artis* o de los estándares que delimitan el ejercicio correcto de actividades sociales y profesionales o de las circunstancias del caso concreto. A tales prácticas y códigos se refieren tanto la jurisprudencia como el derecho regulatorio y así se desarrolla sintéticamente un derecho de daños que se configura tanto de abajo hacia arriba como de arriba hacia abajo.

11. ¿Es el derecho de daños una especialidad bien definida?

Sí, pero quizás solo por oposición al derecho de la responsabilidad contractual o al derecho sancionador y, desde luego, está menos definido en España que en otros países europeos continentales en los cuales la responsabilidad civil derivada de delito no está regulada en el código penal ni la pretensión correspondiente se ejercita ante la jurisdicción penal. Y, desde luego, está mucho menos perfilado que en el *common law* y en el derecho federal estadounidense.

El derecho de daños tiene una especificidad clara y distinta si se analiza desde el punto de vista del remedio típico que le es paradigmáticamente propio: las acciones de reparación e indemnización de daños. Los remedios dan unidad al derecho de daños.

Pero casi nada más lo hace: hoy en día, en un país occidental tecnológicamente avanzado es crecientemente difícil de concebir que una abogada esté especializada, al mismo tiempo, en litigación derivada de difamación, de protección de datos, de daños masivos, de accidentes de circulación, de daños biofarmacéuticos, de prevención de riesgos laborales, de exposición a sustancias tóxicas, etc. La razón es que el derecho de daños descansa sobre regulaciones crecientemente intrincadas y su conocimiento y dominio es, en la práctica, condición necesaria de la viabilidad de un escrito de demanda de reclamación de cantidad por daños y perjuicios. Nadie domina a la vez el acoso sexual, la difamación, la litigación por inhalación de sustancias tóxicas o los accidentes de aviación. Ya no.

Mas queda bien anclado en el análisis de los remedios, el cual presta algún otro punto de apoyo a la idea de la unidad positiva del derecho de daños -es decir, a la idea de que este se define por algo más que por su contraposición al derecho de contratos, al derecho penal y al derecho regulatorio.

Así, y en primer lugar, la cuestión de la culpa, de la negligencia, del demandado ocupa un lugar central en casi todos los casos de derecho de daños regidos por el estándar de la culpa misma, como es el supuesto general del derecho del art. 1902 del Código Civil español de 1889.

Más aún, en torno a las cuestiones la causalidad en sentido amplio, que abarcan la causalidad empírica o de hecho (*cause in fact*) y causalidad, de derecho, normativa o imputación objetiva (*proximate causation, scope of liability*), comunes a la responsabilidad por negligencia y a la objetiva.

Luego, la naturaleza esencialmente procesal del ejercicio de las acciones y pretensiones de derecho de daños centran a la responsabilidad civil en torno a su litigación y transacción: a diferencia del derecho de contratos, que es extrajudicial y *ex ante*, el derecho de daños es judicial y *ex post*. En los países con juicio de jurado para la responsabilidad civil, la unidad procesal y profesional del derecho de daños aún es más marcada, pero no es el caso de España.

Además, en culturas jurídicas que creen en la aplicación descentralizada, privada *-bottom-up*, del derecho, el derecho de la responsabilidad civil es un instrumento mucho más importante que en aquellas otras en las cuales, el remedio básico indemnizatorio es público, *top-down*, penal o administrativo, aplicado *ex officio*, con técnicas de *command & control*. Importa también la posibilidad de recurrir a los instrumentos que permiten –para mal o para bien– una organización empresarial de las reclamaciones de daños masivos o simplemente difusos: *contingency fees, punitive damages y class actions*.

En este libro, el derecho de daños se expone muy fundamentalmente a partir de casos, de sentencias dictadas por los tribunales. Al efecto, los lectores han de tener en cuenta que la evidencia presentada sobre el derecho español de daños es anecdótica, no estadística. Escogemos los casos que nos parecen más significativos, pero del mismo modo que la mayor parte de las pruebas presentadas por los litigantes en los pleitos se basan en recolecciones singulares de fenómenos, nosotros tampoco hemos llevado a cabo ningún análisis estadístico de las sentencias de los tribunales españoles, ni de las dictadas por el Tribunal Supremo. Sabemos, eso sí, que estas últimas crean jurisprudencia, es decir, que son normativamente muy relevantes. E intentamos estar al día. No siempre podemos. No siempre sabemos. En general, véase Michael J. SACKS, “Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System – And Why Not?”, *140 University of Pennsylvania Law Review*, 1147, (1992), (BEST, BARNES, KAHN-FOGEL, *Basic Tort Law*, p. 4).

Finalmente, esencial al derecho de daños, es su dinamismo: el cambio forma parte de su naturaleza. El contrato pretende atar el futuro, el derecho de daños reanudar el pasado.

12. Material complementario: la acción de daños de los perjudicados por un ilícito competencial y el Real Decreto-ley 9/2017 por el que se implementa la Directiva comunitaria sobre *antitrust damages actions* de 2014

En 2014, el Parlamento europeo y Consejo aprobaron la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por

infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, 5.12.2014).

Esta Directiva ha sido implementada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. Esta norma introduce dos modificaciones legislativas. En primer lugar, el Título VI en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en el cual se establece el régimen de responsabilidad civil por daños causados por las infracciones del derecho de la competencia. En segundo término, modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) e introduce una nueva sección 1 bis en el capítulo V del Título I del Libro II de la LEC, sobre exhibición de pruebas y acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (arts. 283 bis a) - j)).

La responsabilidad civil también se llama responsabilidad extracontractual. El nacimiento de una obligación de indemnizar por daños causados al margen de una relación jurídica contractual puede estar asociado a la realización de una conducta penalmente típica, pero también puede estarlo a la infracción de disposiciones puramente administrativas, de derecho público. Un ejemplo crecientemente importante es el de infracciones del derecho público de la competencia, las cuales, además de violar el derecho europeo, español -o ambos-, causan daños a terceros. Así, si las empresas de una misma industria forman un cártel o una sola empresa que ocupa una posición dominante en la industria abusa de tal posición y el resultado final es que los terceros que adquieren bienes o contratan servicios de tales empresas han de pagar un precio más elevado del que habrían de pagar si el mercado funcionara en condiciones de competencia razonable, es obvio que sufren un daño, en principio, indemnizable: las víctimas, clientes de las empresas en cuestión, tienen una acción civil, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales civiles.

En derecho europeo, el núcleo básico de la regulación relevante sobre infracciones del derecho de la competencia se encuentra en los arts. 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. En derecho español, en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Como dice el art. 71.1 LDC, “[l]os infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”. Y, en sentido parecido, el art. 72 establece que “[c]ualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria”.

La LDC permite el ejercicio de dos tipos de acciones. Por un lado, las pretensiones que han seguido a una declaración previa de la existencia de un ilícito -de la formación de un cártel, de la existencia de un abuso de posición dominante, etc.- por parte de la autoridad competencial, europea o española (acción *follow on*). Las normas de la Directiva 2014/104/UE fomentan las acciones de seguimiento y, por ello, dota de efecto vinculante en el proceso civil a la constatación de la infracción en resoluciones firmes de las autoridades de la competencia o de los órganos jurisdiccionales (art. 75 LDC). Por otro lado, el ejercicio de la pretensión de manera autónoma (acción *stand alone*) en la que el tribunal civil declara la existencia del ilícito y, si se prueba que causó daños, cuantifica el perjuicio sufrido. Ejemplos de estas últimas, a pesar de ser *rara avis*, son, en España, la SJM 1 Granada 110/2021, de 30 de junio (MP: María José Fernández Alcalá), y, en Italia, Bluvacanze, Corte di Appello di Milano, Sentencia de 11.7.2003; Juventus

F.C., Corte di Appello di Torino, Sentencia de 6.7.2000; y Centro Alimentare de Roma-Guidonia, Corte di Cassazione, Sentencia n. 11564 de 4.6.2015.

Con independencia del tipo de acción, el demandante habrá de probar que ha sufrido un daño y que este deriva precisamente de la infracción cuya existencia ha declarado la autoridad competencial. La LDC prevé que la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante (art. 76.1). Asimismo, la LDC contiene una presunción *iuris tantum* de que las infracciones calificadas como cártel causan daños que favorece la posición de las demandantes (art. 76.3). Si, acreditados los daños o, en su caso, no desvirtuada la presunción, resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión con base en las pruebas disponibles, el Tribunal estará facultado para estimar su importe (art. 76.2).

La LDC regula ahora la cuestión sobre el montante de la indemnización cuando el demandante ha conseguido repercutir el sobrecoste derivado de la infracción sobre el siguiente eslabón de la cadena (“*passing-on*”). El art. 78.1 establece que el derecho al resarcimiento se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido (a terceros) y le haya generado un daño. En ningún caso, el resarcimiento del daño sufrido en cualquier nivel de la cadena de suministro podrá superar el perjuicio del sobrecoste a ese nivel, sin perjuicio del lucro cesante. El art. 79 añade que, cuando la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante -comprador indirecto-, éste habrá de probar su existencia y cuantía. Para facilitar las acciones de los compradores indirectos, el artículo 79 establece la siguiente presunción *iuris tantum*: “se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que: a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran”.

Así si A, B y C constituyen un cártel y acuerdan un precio un tercio superior al que regirían en condiciones de competencia, pero sus clientes consiguen repercutir el sobreprecio en los suyos sin disminución de la demanda -ciertamente, un caso raro-, no habrán sufrido daño alguno y su acción fracasará. Entonces, los compradores indirectos tendrán una acción contra A, B y C cuya cuantía estará determinada por el perjuicio repercutido y que ellos no hayan, a su vez, trasladado a sus clientes.

La repercusión del sobrecoste confirma una realidad: el perjuicio que causa una conducta anticompetitiva puede ser muy grande, pero su reparto entre empresarios y consumidores permite calificar el daño como difuso. En este contexto, el coste de la litigación reduce los incentivos de los consumidores para ejercer pretensiones de forma individual y, por ello, sorprende que no se haya reformado el sistema de acciones colectivas recogido en el art. 11 LEC.

Tras el RDL 9/2017, la LEC regula la exhibición de pruebas en procesos para el ejercicio de acciones de daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, una versión atenuada de la *discovery* estadounidense. De acuerdo con la nueva regulación, los tribunales, a solicitud de la parte demandante, podrán ordenar a la parte demandada o a un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes que tenga en su poder. Recíprocamente, la parte

demandada podrá pedir lo propio al tribunal (art. 283 bis a) LEC). La exhibición no es universal, sino que está acotada por principios de especificidad estrictos y, claramente, de proporcionalidad. La ordenación de exhibir pruebas que contengan información confidencial (art. 283 bis b) LEC) está también sujeta a condiciones y límites que persiguen preservar tal confidencialidad. Finalmente, la ley prevé la posibilidad de solicitar la exhibición antes de la incoación del proceso, pero siempre previo el pago de una caución y con estrictos requisitos temporales, pues la demanda se habrá de presentar dentro de los veinte días siguientes a la terminación de la práctica de las medidas.

La exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, regulada por el muy importante art. 283 bis i) de la LEC, demarca los ámbitos de la aplicación privada y pública del derecho – si se prefiere, del derecho privado y del derecho público -: el principio general es “la necesidad de preservar la aplicación pública del Derecho de la competencia” (nº 4, letra c) del art. citado) por parte de las autoridades de la competencia en procedimientos administrativos sujetos a revisión por los tribunales del orden contencioso-administrativo.

La exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia también está sujeta al principio de proporcionalidad, el cual se valorará teniendo en cuenta la ya mencionada necesidad de preservar el derecho público, la especificidad de la solicitud en relación con su objeto y su relación con una reclamación por daños. El tribunal podrá ordenar la exhibición de información preparada por una persona específicamente para un procedimiento de una autoridad de derecho de la competencia, la elaborada por las autoridades y que ya ha sido enviada a las partes, así como las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Pero solo podrá hacerlo una vez que la autoridad haya dado por concluido el procedimiento (también véase art. 283 bis j) 2.). Las autoridades podrán presentar al tribunal sus propias observaciones sobre la proporcionalidad de la solicitud.

En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de declaraciones formuladas en el marco de un programa de clemencia ni de solicitudes de transacción salvo que su objeto sea, respectivamente, asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones de declaración o de solicitud de transacción mismas. El tribunal tampoco requerirá a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en medida razonable, de aportar dichas pruebas.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal, dice el art. 283 bis k) LEC, en que pudiera incurrirse por delito de desobediencia a la autoridad judicial, en el caso de incumplimiento del deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o del de los límites de su uso, la parte perjudicada podrá solicitar del tribunal la desestimación de la pretensión ejercitada, la responsabilidad civil del infractor o la condena en costas al infractor mismo. En casos de incumplimiento que no sea grave, el tribunal podrá imponer una multa al infractor de entre 6.000 y 1.000.000 €.

Véase, sobre la cuantificación de los daños causados por infracción del derecho de la competencia: Comunicación de la Comisión - Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto, 2019 (sobre las Directrices, véase Ignacio García-Perrote Martínez “Comentario a las “Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo

calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto””, InDret 3.2020, pp. 535-550); Commission Staff Working Document: Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, accompanying the Communication from the Commission, 2013; y Assimakis KOMNINOS (Dir.), *Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission, 2009.

STS, 1^a, 651/2013, de 7 de noviembre, MP: Rafael Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2013:5819

El 10 de septiembre de 1996, la Asociación Profesional de Fabricantes de Galletas de España, la Asociación Española de Fabricantes de Caramelos y Chicles, la Asociación Española de Fabricantes de Chocolates y derivados del Cacao, la Asociación Española de Panificación y Pastelería de Marca y la Asociación Española de Fabricantes de Turrones y Mazapanes denunciaron ante el Tribunal de Defensa de la Competencia a Ebro Agrícolas (actualmente, EBRO Foods), Compañía de Alimentación S.A., Sociedad General Azucarera S.A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Azucareras Reunidas Jaén S.A.

El 15 de abril de 1999, el Tribunal dictó una resolución donde declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por los artículos 1.1.a) Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y 85.1.a) Tratado de la Unión Europea, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. La Audiencia Nacional, por sentencia de 13 de septiembre de 2002, ratificó la resolución y el Tribunal Supremo, por sentencia de la Sala Tercera de 26 de abril de 2005 declaró no haber lugar a recurso de casación.

Nestlé España S.A., Productos del Café S.A., Helados y Postres S.A., Chocolates Hosta Dulcinea S.A., Zahor S.A., Mazapanes Donaire S.L., Lu Biscuits S.A., Chocolates Torras S.A., Arluy SL, Chocovic SA, Lacasa SA, Productos Mauri SA, Delaviuda Alimentación SA y Wrigley Co. SA demandaron a EBRO Foods y solicitaron en concepto de daños y perjuicios el sobreprecio pagado por cada una de ellas como consecuencia de la concertación de precios. En particular, solicitaron, respectivamente, las siguientes cantidades: 1.548.828,39 euros, 19.881,94 euros, 149.207,66 euros, 774.957 euros, 3.802,59 euros, 27.428,10 euros, 191.674,35 euros, 18.608,72 euros, 45.089,76 euros, 448.188,58 euros, 76.109,09 euros, 8.305,27 euros, 90.177,17 euros y 702.950,95 euros. También reclamaron los intereses legales devengados desde la interpellación judicial.

El JPI nº 50 de Madrid (1.3.2010) estimó parcialmente la demanda porque existían informes periciales discrepantes sobre valoración del daño y uno de los informes periciales aportados por la demandada establecía que, en caso de reconocerse la existencia de daño, este no podía ser superior al 50% de las cantidades solicitadas.

La AP de Madrid (Sección 8^a, 3.10.2011) estimó el recurso de EBRO Foods, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimó la demanda y absolió a la demandada, porque consideró que los demandantes habían repercutido el sobreprecio a sus clientes.

El TS estimó el recurso interpuesto por Nestlé España SA y el resto de demandantes, anuló la sentencia de la AP por vulnerar las reglas de carga de la prueba, estimó el recurso de apelación de las demandantes y condenó a EBRO Foods a pagar las cantidades inicialmente solicitadas.

Según el Tribunal, EBRO Foods no acreditó que las demandantes habían repercutido el sobreprecio causado por la práctica concertada porque “(...) no es suficiente probar que el comprador ha aumentado el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido (...). Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (...), no puede estimarse la defensa del “passing-on” o no puede hacerse en su totalidad. No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practica solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio (...)" (FD 5º). El Tribunal estimó plenamente la demanda porque el informe de valoración del daño de la demandada partía “de bases inaceptables” (FD 7º) y se limitaba a cuestionar el informe de la demandante sin aportar una cuantificación alternativa mejor fundada (FD 7º).

Capítulo 2

Las cuatro reglas básicas de responsabilidad

1. Libertad de actuar o de abstenerse de hacerlo sin incurrir en responsabilidad (<i>No Liability</i>).....	47
2. Causación dolosa de daños (<i>Intentional Tort</i>).....	54
3. Culpa o negligencia (<i>Negligence</i>)	56
4. Responsabilidad objetiva o por riesgo	58
5. Continuidad de las reglas de responsabilidad. Responsabilidad absoluta	63
6. “La Lleona de Girona” o “El Cul de la Lleona” (Rèplica de l’original, Plaça de Sant Feliu, Girona).....	68

Como hemos visto en el capítulo 1º, en responsabilidad civil, las circunstancias en las cuales el demandado ha de responder por los daños sufridos por la víctima son muy diversas y dependen de la regulación y la jurisprudencia aplicables al caso. Pero, en términos generales, hay cuatro grandes reglas de responsabilidad civil:

1. Libertad de actuar o de abstenerse de hacerlo sin incurrir en responsabilidad (*No Liability*)

El estatuto más básico de una línea de conducta dañina, pero más beneficiosa que perjudicial, es aquel según el cual su realización no comporta ningún deber de indemnizar a las víctimas del daño causado. Contra aquello que a menudo se cree, la regla de la ausencia de responsabilidad es, afortunadamente, ubicua: las pérdidas se quedan donde se han producido; los daños, allí donde han tenido lugar.

Un soldado, jurista y juez norteamericano, Oliver Wendell HOLMES, Jr. (1841-1935) expresó concisa y gráficamente esta idea en su obra *The Common Law* (1881):

“Sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference”.

Muchos siglos antes, el Derecho romano ya lo había hecho con laconismo aún más admirable, si cabe:

“casum sentit dominus” (C. 4, 24, 9; D. 50, 17, 23).

Y en España esto mismo lo ha dejado escrito la catedrática de derecho civil, magistrada del Tribunal Supremo y, luego, del Tribunal Constitucional, Encarna Roca en la Introducción a la 6ª edición de *Derecho de Daños. Textos y Materiales* (en colaboración con Mónica Navarro):

"En este libro se parte de un principio general: la persona que sufre un daño está obligada a asumir sus consecuencias, excepto si existen razones jurídicas para trasladarlas a quien lo ha producido" (p. 15).

Si el principio aplicable es el de ausencia de responsabilidad por los propios actos, entonces no hay indemnización de daños, las víctimas se lamentan sus propias heridas -si sobreviven a ellas- y el mundo sigue su curso. Este criterio incentiva niveles máximos de precaución en las víctimas potenciales (para evitar sufrir el daño), pero también un nivel cero de precaución en los causantes potenciales de daños (pues no habrán de pechar con sus consecuencias). La *No liability rule* parte en suma de que, en las constelaciones de conductas a las cuales se aplica prima un principio de libertad individual sin consideración a los daños que la actividad de que se trate pueda causar a terceros:

- Alguno de ustedes estará, sin duda, resfriado, pero sus compañeros no tienen derecho a reclamar indemnización alguna si, por ello, se contagian, ni mucho menos a exigirle que se quede en su casa, en cuarentena, hasta que cure del resfriado (en cambio, si hubiera contraído la tuberculosis, una enfermedad grave, quizás podrían reclamar por el contagio sufrido si el primer enfermo no adoptó precaución alguna).
- Todos ustedes tienen que soportar que su vecino vea el partido, o la serie, compre el diario o se conecte a la emisora de radio o televisión que ustedes detestan, que se peine, deje de hacerlo o que se atilde como guste o, más opinablemente, que se vista o medio desvista como le plazca.
- En nuestro derecho, nadie tiene derecho a ser amado, es decir, nadie puede ejercitarse una pretensión judicial -una pretensión indemnizatoria, en nuestro caso- porque otra persona se niega a quererle, a amarle: no hay derecho al amor aunque ello pueda causar el suicidio del desesperado amante [*The Sorrows of Young Werther (Die Leiden des jungen Werthers)* una novela de [Johann Wolfgang von Goethe](#) (1749-1832), publicada en 1774]. Más discutiblemente, nadie tiene derecho a seguir siendo amado, aunque algunos juristas defienden que la infidelidad matrimonial y sus consecuencias biológicas deberían dar lugar a una pretensión indemnizatoria a favor del cónyuge afligido por ellas.
- Parecidamente, varios aficionados a la práctica del noble deporte del rugby pueden decidir fundar un club deportivo, contratar un seguro de daños y comprometerse a no obligarse a responder recíprocamente por las lesiones causadas en el juego. En general y en derecho de contratos, las partes pueden excluir limitadamente su responsabilidad por accidentes. A cambio de ello, la ley puede exigirles que contraten un seguro obligatorio de accidentes y, en todo, caso prohíbe la exclusión de responsabilidad por daños causados dolosamente, intencionadamente, o acaso también los causados por negligencia muy grave, rayana en el dolo.
- Tampoco responden los padres ante un hijo suyo por el hecho de haberle traído al mundo en condiciones tales que el hijo afirma luego que preferiría no haber nacido -o alguien lo dice por él, una asociación o una fundación, por ejemplo-. El derecho de familia obliga a los padres a cuidar al hijo precisado de ayuda, pero no concede a este una pretensión de daños contra aquellos. El derecho de daños se niega a comparar una vida dura, acaso invivible para muchos, con el vacío absoluto del nihilismo. Pero incluso esto también resulta

polémico para algunas personas que se niegan a traer hijos a este mundo, por no tener que convivir con seres temporalmente heterónomos y absolutamente dependientes, al tiempo que defienden que quienes lo hagan, respondan por ello en casos como el presentado aquí.

- La competencia, sumada al desarrollo tecnológico, es, literalmente, destrucción creadora: las tabletas han arrasado las librerías tradicionales del mismo modo que la bombilla de Edison acabó con las cererías y el motor de explosión con las caballerías, o que LED haya acabado con las bombillas incandescentes, y el motor eléctrico desplace al de combustión interna. Pero competencia no es competencia desleal. Es, simplemente, competencia. Causa daños, causa muchos más beneficios que daños, disloca comunidades, acaba con estilos de vida cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, pero, en una sociedad abierta, no impide que una comunidad resuelva libremente vivir al margen del desarrollo tecnológico y de la competencia misma (un claustro monástico, una comunidad de Amish, otra neorrural, etc.), eso también, de modo mucho más sencillo y probablemente menos rico que el del resto de los consociados.
- Heather Benning, un artista canadiense, se construyó una casa de muñecas de tamaño natural -una vivienda a cuatro vientos a la que le faltaba una pared-. Mucha gente incluyéndome a mí- admiró la obra. Pero al cabo de un tiempo Benning quemó la casa. Y, como sabemos, no se responde por los daños en cosa propia aunque las cosas de uno beneficien a terceros y su destrucción les cause pérdidas.



www.huhmagazine.co.uk

- Véase también Ai Wei Wei - Dropping a Han Dynasty Urn, 1995. <https://i.ytimg.com/vi/CbHRU9k2zNA/maxresdefault.jpg>
- Otros (¿malos?) ejemplos los dieron Claude Monet, Robert Rauschenberg, Francis Bacon, Gerhard Richter y muchos más (véase *10 Artists Who Destroyed Their Own Work*). Naturalmente, esta regla no rige si uno daña o destruye la obra de un tercero ("La Ronda de Noche", de Rembrandt o "La Pietà", de Miguel Ángel son dos casos notorios). Entre unos y

otros casos, se encuentran infinitos ejemplos de iconoclastia, tan vieja como la humanidad –las estatuas se erigen para ser derribadas- y, a largo plazo, casi siempre lamentablemente. Pero, a corto y medio plazo, los iconoclastas son aclamados por la muchedumbre. La oleada más reciente en nuestra cultura euroatlántica siguió al crimen mortal del que fue objeto George Floyd (1973-2020), el 25 de mayo de 2020, asfixiado por la rodilla de un agente de policía en Powderhorn, Mineápolis. Siguieron multitud de protestas y manifestaciones contra la discriminación racial sistémica practicada por la fuerza pública. Entre otras muestras de indignación, se derribaron, decapitaron o vandalizaron muchas estatuas asociadas por los manifestantes con la esclavitud, las colonizaciones, el abuso racial o la discriminación cultural. Cristóbal Colón o Winston Churchill son dos ejemplos que los lectores pueden ver en la red. También Miguel de Cervantes, cuya estatua había yo visto varias veces en el Golden State Park de San Francisco, fue pintarrajeadas de rojo y el escritor tildado de “bastardo”, un insulto suicida. En el *Canada Day* de 2021, el 1 de julio, una estatua de la Reina Victoria de Inglaterra y otra de la Reina Isabel II fueron derribadas en Winnipeg, Canada. Hasta dos estatuas de George Floyd (una en Brooklyn, otra en Newark) fueron vandalizadas en junio de 2021 por grupos supremacistas blancos. Sigue una opinión personal, perfectamente discutible, pero que no suelo orillar: erigir estatuas en espacios públicos es una decisión que corresponde a las autoridades elegidas democráticamente. Igualmente lo es la de retirarlas. En el límite de la confrontación física siempre es menos malo enterrarlas que destruirlas. Los arqueólogos de dentro de dos mil años lo agradecerán. No hay pasión que dure tanto.



Estatua de Miguel de Cervantes en el Golden Gate Park de San Francisco (Estados Unidos), vandalizada (Reuters). Publicada por El Confidencial el 20 de junio de 2020 (Reuters).

- En general, el ejercicio legítimo de cualesquiera derechos fundamentales origina daños, pero son daños por los cuales el causante no habrá de responder. Una madre atea puede llegar a precisar asistencia psicológica, incluso puede enfermar seriamente, después de que su hijo entre en religión; y un padre puede pasar por lo mismo o peor porque su hija deja el oficio paterno, aborrece la ideología de los abuelos o abandona el país que les vio nacer a todos. Pero, afortunadamente, todo esto es ley de vida. Igualmente, mis vecinos pueden recibir a los amigos, comprar los productos, bajarse las series, ver las películas o ser socios de los clubes que detesto, practicar la religión, educar a sus hijos, colgar banderas de su balcón o votar de los modos más alejados a aquellos que considero apropiados para hacer real mi idea del bien común. Y así sucesivamente: (en una sociedad liberal no hay responsabilidad por el ejercicio de la libertad misma).

STS, 1^a, 270/2006, de 9 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 16.11.1991, Luis Manuel, quien jugaba a golf en el “Club de Golf Terramar” de Sitges, falleció tras recibir el impacto de una pelota lanzada por Ismael, que se encontraba en una calle distinta y separada de la de la víctima por una arboleda que impedía a ambos jugadores verse. El lanzamiento en cuestión había sido técnicamente incorrecto a causa del viento que soplababa en la zona.

Lucía, viuda del fallecido, en su nombre y en el de sus hijos menores, demandó a Ismael, al “Club de Golf Terramar”, a “La Estrella S.A. de Seguros” y a “Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”, y solicitó una indemnización de 281.237 € de las tres primeras y de 1.803 € de la cuarta.

El JPI nº 2 de Vilanova i la Geltrú (22.5.1996) estimó en parte la demanda y condenó al pago de 111.908 €, con el límite de 1.803 € para “Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”. La AP de Barcelona (Sección 15^a, 12.5.1999) estimó los recursos de “Club de Golf Terramar”, “La Estrella S.A. de Seguros” e Ismael, a quienes absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Lucía:

“La idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materiales peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el jugador es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en la actuación de los demás” (F.D. 3^º).

STS, 1^a, 122/2018, de 7 de marzo de 2018, MP: José Antonio Seijas Quintana

El 10 de mayo de 2013, la actora acudió al estadio de la Romareda para ver el partido de primera división Zaragoza-Atlético de Bilbao. Durante el calentamiento previo al partido y

estando la actora sentada en su asiento, situado detrás de la portería, le golpeó en un ojo un balón lanzado desde el terreno de juego. La actora demandó al Real Zaragoza, C.D. y a Generali España, S.A. y solicitó una indemnización de 30.891,18 euros por los daños sufridos (no se detallan).

El JPI nº 19 Zaragoza y la AP de Zaragoza desestimaron la demanda. Según la SAP:

«No hay título de imputación que justifique que la entidad deba resarcir el daño causado. No es aplicable la doctrina del riesgo, ni tiene sentido alguno invocar una inversión de la carga de la prueba. La razón de que no exista un título de imputación es que el acudir como espectador de un partido de fútbol de un campeonato oficial, con equipos y jugadores profesionales, supone la asunción de un riesgo, que está ínsito en el propio espectáculo, de que por múltiples lances del juego los balones salgan despedidos hacia las gradas y golpeen a los espectadores (...)".

La actora interpuso recurso de casación y alegó infracción del art. 1902 CC y vulneración de la teoría del riesgo del organizador de espectáculos deportivos profesionales lucrativos en relación con el art. 217.3 LEC. Considera la actora que ella que era un mero espectador del partido de fútbol y no participaba en el juego, situándose detrás de la portería sin que pudiera prever que el balón llegara a la grada con tal fuerza y le causara tan importantes lesiones como las sufridas.

El TS confirmó la SAP:

“En este caso no se produce causalidad jurídica. Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder del daño.

Señala la parte recurrente que no bastan con las prevenciones establecidas en los reglamentos, por espesas que sean y por cabal que se demuestre su acatamiento, si, pese a ellas, acaece el evento dañoso, denotando imprudencia (sentencia 488/1986, de 17 de julio). Y aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts 1902 y 1903 CC (sentencias 780/2008, de 23 de julio (RJ 2008, 4622); 16 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7102).

La naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia (JUR 2015, 197219) recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores”.

La regla de no responsabilidad consigue básicamente dos cosas: potencia la libertad individual o colectiva por el procedimiento de demarcar o fijar los límites de las actividades por cuyo desarrollo y consecuencias no se habrá de responder, y ahorra de paso los costes de compensar accidentes, caso por caso, por responsabilidad civil, que es una institución jurídica muy cara de gestionar (típicamente por cada euro gastado en un caso litigado y ganado por el demandante, la mitad, cincuenta céntimos, se quedan por el camino).

Su contraria, una regla de responsabilidad absoluta y universal, por todos los daños derivados de la convivencia, del roce social, nos arruinaría a todos, nos paralizaría y la sociedad colapsaría en pocos años. Nadie defiende seriamente semejante totalitarismo del derecho de daños. No existe tal regla en ningún ordenamiento del mundo. Asombrosamente, muchos la piden. Sin pensar.

En el mismo orden de ideas, el principio de ausencia de responsabilidad se aplica con frecuencia a individuos, profesionales u organizaciones cuyo actuar genera simultáneamente beneficios y daños, de modo tal que los agentes han de buscar en cada caso conseguir un equilibrio razonable entre unos y otros. En el ejemplo clásico, los bomberos tienen que decidir con urgencia entre los daños del agua y los del fuego, y la policía entre los de la detención y la fuga. No siempre es fácil, los lectores interesados pueden consultar: Gerrit DE GEEST, *“Who Should Be Immune from Tort Liability”*, *Legal Studies, Washington University in St. Louis*, Research Paper No. 11-02-04, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1785797>.

STS, 1ª, 147/2014, de 18 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 3 de noviembre de 2009, se produjo un incendio en la vivienda propiedad del demandado, situada en Villarrobledo (Albacete) y, según el informe pericial de la Guardia Civil, el fuego se inició por la actividad de alguno de los ocupantes del inmueble o por los propios enseres almacenados en él. Uno de los bomberos que intervino en las labores de extinción del incendio sufrió heridas muy graves que determinaron su fallecimiento.

La viuda y dos hijos del fallecido reclamaron al propietario de la vivienda, con base en el art. 1902 CC, una indemnización de 116.369,65 euros para la viuda, y de 48.485,13 euros y 96.970,26 euros respectivamente para los hijos. El JPI (16.3.2012) estimó íntegramente la demanda. La AP (11.12.2012) estimó el recurso de apelación del demandado y desestimó la demanda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y confirmó la SAP:

“Es cierto que en el incendio está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona la muerte del bombero con esta fuente de riesgo desaparece desde el momento en que inicia las labores propias de extinción y el propietario del inmueble queda al margen de actividad desarrollada en su interior, sin posibilidades de control de ningún tipo. La responsabilidad del propietario no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por el incendio que motivó la intervención de la víctima. El riesgo que esta persona crea se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente de peligro en el ejercicio ordinario de su profesión, con lo que el curso causal se establece entre el ejercicio profesional de este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el fuego, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias de su actuación. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad” (FD. 2º).

La doctrina del riesgo del profesional es pacífica: policías, bomberos, sanitarios y otros prestadores profesionales de servicios asumen el riesgo asociado a las contingencias ordinarias y extraordinarias del ejercicio de su profesión: gajes del oficio es la vieja expresión de esta doctrina. Como todas, conoce límites, pero es responsabilidad del juzgador justificar muy cuidadosamente su alcance, pues, de otro modo, el derecho naufraga en la justicia del caso, *Kadifustiz* (los lectores interesados en la dilucidación y desarrollo de este concepto harán bien en consultar la obra del gran Max Weber (1864-1920) y en leer *Terminiello v. Chicago*, 337 U. S. 1 (1949)): la racionalidad propia de un sistema económico avanzado no sobrevive a la justicia del caso).

2. Causación dolosa de daños (*Intentional Tort*)

La causación dolosa de daños a las personas o a las cosas es el supuesto más grave de responsabilidad extracontractual. Tanto es así que resulta difícil imaginar un supuesto de causación intencional de daños - sobre todo si tiene como consecuencia la muerte o las lesiones de la víctima - que no constituya un delito tipificado por el Código Penal, además de ser un ilícito civil. En (casi) todo caso, junto con la responsabilidad penal surgirá la civil, regulada en los arts. 109 y ss. CP, la cual con independencia de la anterior, obligará al imputado o a las personas de quienes dependiera a reparar los daños causados.

El dolo es grave en todos los sistemas jurídicos -históricos y contemporáneos- y es intuitivo que así sea:

- La probabilidad de causar dolosamente un daño suele ser mayor que la de causar el mismo tipo de daño con una conducta similar pero simplemente descuidada o negligente.
- El coste de causar daños apuesta suele ser muy reducido en relación con la mayor parte de las personas o de las cosas (sobre todo si el dañador no tiene en cuenta las consecuencias que su acción tendrá para él mismo: piénsese en el terrorista o homicida que, al tiempo de cometer su crimen o inmediatamente después, se quitan la vida).

- Luego, el causante doloso de daños destruye riqueza dos veces: cuando se hace con el instrumento dañino y cuando lo usa.
- Finalmente, la psicología explica bien por qué los miembros de casi cualquier sociedad reaccionan de manera mucho más intensamente hostil contra quienes les causan daños de intento, a sabiendas y, a menudo, con la precisa voluntad de hacer daño. En el fondo, el principio básico de justicia correctiva, de retribución, en cuya virtud quien ha causado un daño -y sobre todo, quien lo ha causado a ciencia y conciencia- ha de pagar por ello está presente en todas las culturas históricas y contemporáneas (Neil VIDMAR, "Retribution and Revenge", en Joseph SANDERS/V. Lee HAMILTON [Eds.], *Handbook of Justice Research in Law*, reprint of 1st ed. 2001, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 2010). El reto más serio al análisis económico del derecho de daños proviene de la psicología y de la psicología social, que muestran tanto que la conducta humana no siempre es económicamente racional como que la revancha, el rencor y el resentimiento forman parte de la condición humana. Otra cosa es que, paradójicamente, castigar pueda ser mucho más costoso para la víctima que perdonar y olvidar (Kevin M. CARLSMITH/Daniel T. GILBERT/Timothy T. WILSON, "The Paradoxical Consequences of Revenge", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 95, No. 6, 2008, p. 1316-1324).

Una buena introducción reciente y analíticamente bien fundada es la Keith N. Hylton, *Tort Law. A Modern Perspective*. Cambridge University Press, 2016., capítulo 4. Los lectores interesados en desarrollos analíticos, históricos y comparados del derecho de la responsabilidad por dolo en el *common law* de Estados Unidos pueden acudir al *Casebook* de Richard A. EPSTEIN, probablemente el más culto de los tratamientos contemporáneos de la responsabilidad civil en el *Common Law* norteamericano, secundado por una de las más brillantes especialistas en la materia (la primera edición, a cargo de Harry Kalven, Jr, es de 1959. Ahora: Richard A. ESPSTEIN, Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 11th ed., Aspen Publishers, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2016, hay versión online) y los lectores europeos más interesados en una aproximación estrictamente normativa pueden leer: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third Torts: Intentional Torts to Persons, Preliminary Draft No. 3*, March 11, 2016. En la tradición mencionada del *Common Law* los *Intentional Torts* son, como señala el propio EPSTEIN, una mezcla curiosa de situaciones que incluyen los supuestos más obvios de causación intencional de un daño físico a la persona o a la propiedad, pero que abarcan también los denominados *Emotional and Dignitary Harms*, la difamación y la causación dolosa de daños emocionales. En Europa continental y singularmente en España, el derecho penal parasita la causación de daños físicos y crecientemente invade la de daños emocionales. El *Civil Law* siempre ha abordado con dificultad el *Trespass* y las fronteras entre la responsabilidad civil, la laboral, la administrativa y la penal por intrusiones en el ciberespacio son aún más borrosas si cabe. Un caso de referencia al efecto es *Intel Corp. v. Hamidi*, 71 P.3d 296 (Cal. 2003), en el cual se discutió si el envío inocuo de 35.000 correos electrónicos por el demandado, Kourosh Kenneth Hamidi, un antiguo empleado de la compañía Intel Corp., a sus trabajadores y en los cuales criticaba las prácticas laborales de la empresa constitúa o no una intromisión ilegítima, un *Trespass* (ESPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 2012, pp. 14 y ss.). En otro caso famoso, también citado por EPSTEIN [*eBay v. Bidder's Edge, Inc*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000)], la compañía demandada había entrado en la base de datos pública de la compañía de subastas *on line* demandante con la finalidad de actualizar la información de la página web de aquella (ESPSTEIN / SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 2012, pp. 21 i ss.).

3. Culpa o negligencia (*Negligence*)

La causación de daños por culpa o negligencia, por descuidos más o menos graves, es decir, por no haber puesto en práctica, al desarrollar tal o cual actividad, las precauciones legal o razonablemente exigibles, es el supuesto básico de responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico: todos, individuos y organizaciones, estamos sujetos a deberes de cuidado, de precaución, y si, cuando llevamos a cabo una actividad los infringimos, habremos de responder civilmente por los daños causados, es decir, tendremos que repararlos, normalmente, indemnizando al demandante.

Así, la negligencia se puede definir como infracción de deberes de cuidado impuestos por las leyes, los reglamentos y la costumbre en el sentido de las buenas prácticas de cada sector del tráfico. Los alemanes, en el ámbito de una cultura tecnológicamente muy avanzada hablan de *Verkehrspflichten* y conviene aquí la cita del comentario de referencia al BGB (Gerhard WAGNER, § 823, REBMANN, SÄCKER, RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 5. Auflage, 2006, Rdn. 50 ff.)

Además de poderse definir como infracción de deberes de cuidado la negligencia puede caracterizarse como creación o incremento irrazonables de riesgos que los terceros no tienen por qué soportar: toda actividad humana comporta riesgos -si estoy resfriado y salgo de casa puedo contagiar a las personas que se acerquen a mí-, pero la mayor parte de los riesgos normalmente asociados a una conducta son riesgos permitidos -ni la ley ni los tribunales me obligan a quedarme encerrado en casa por un simple resfriado. Mi responsabilidad comienza allí donde el nivel razonable, socialmente admisible, económicamente sostenible, psicológicamente tolerable, éticamente soportable de riesgos sobrepasa el umbral de los riesgos permitidos -si soy un médico internista y he de trabajar en una unidad de cuidados intensivos, tal vez debo abstenerme de acudir a mi hospital si estoy muy constipado; si soy seropositivo de VIH, habré de abstenerme de tener contactos sexuales sin protección adecuada.

El enfoque del riesgo para integrar el concepto de deber de precaución está cabalmente expresado en el art. 7 (a) *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010 –*Restatement (Third), Physical Harm*–:

“An actor ordinarily has a duty to exercise reasonable care when the actor's conduct creates a risk of physical harm”.

Ambos enfoques apuntan a la idea de que el derecho delimita los riesgos, es decir, los daños potenciales que incluye dentro del ámbito de responsabilidad establecido por las leyes y por las demás fuentes primarias de responsabilidad (*Scope of Liability*, art. 6 *Restatement (Third), Physical Harm*). Así, el demandado habrá de responder por los daños que ha causado si estos son concreción del riesgo contemplado por la ley (*Harm within the Risk*) o si resultan del incumplimiento de los deberes de precaución también previstos por la ley.

La regla de la negligencia incentiva la adopción de precauciones razonables adecuadas en el agente de la actividad arriesgada, pero ninguna en sus víctimas potenciales (si el daño que éstas puede sufrir es efectivamente reparable, pues muchos no lo son y sus víctimas potenciales tratan por ello de evitar sufrirlos).

Con esta salvedad, la regla de la negligencia simple tiene en cuenta solo la conducta del causante potencial de daños, pero no la de su víctima potencial. Esta unilateralidad de la regla de la negligencia no es problemática en los supuestos de causación unilateral de daños, es decir, en aquellos en los cuales la víctima nada pudo hacer por evitar o paliar los daños que sufrió. En cambio, y como veremos en el capítulo 7, la regla de la negligencia unilateral no funciona bien en los casos de negligencia bilateral, es decir, en aquellos en los cuales la víctima pudo poner algo de su parte para evitar sufrir un daño o mitigar sus consecuencias.

Un caso, absolutamente claro, de negligencia unilateral es el que resolvió la **STS, 1ª, 813/1997, de 26 de septiembre, MP: Luís Martínez-Calcerrada y Gómez**, que volverá a aparecer en el capítulo 3: la víctima, una mujer de edad madura, se había sometido, a principios de año 1984, a una operación de extirpación de un quiste ovárico en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. Un tornillo minúsculo (4x3 mm.) se soltó de uno de los aparatos empleados durante la intervención, pero ni el cirujano ni sus ayudantes se percataron de ello. Años después, la presencia del tornillo en el abdomen de la víctima fue detectada casualmente con ocasión de unas radiografías practicadas a la paciente después de que hubiera sufrido un accidente doméstico. En junio de 1987, a la actora le hubo de ser practicada una hysterectomía, extirpación de útero al cual se había adherido el tornillo y por esta razón. Entonces, la víctima demandó al cirujano de la primera intervención y al Instituto Nacional de Salud (INSALUD) del que dependía. En la demanda solicitaba una indemnización de 60.000 euros, que le fue concedida por la primera instancia. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo desestimaron el recurso presentado por el INSALUD.

Otro ejemplo de negligencia médica -aunque se discutió en el caso si la negligencia del médico fue o no la causa de las lesiones del paciente- es el planteado y resuelto por la **STS, 1ª, 1152/2002, de 29 de noviembre, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz**. El cirujano demandado había intervenido quirúrgicamente, en diciembre de 1974, a un hombre de 34 años de edad para extirparle un tumor en su espina dorsal. Durante la operación, el cirujano dejó olvidada una gasa alrededor de la columna lumbar del paciente y, por ello, hubo de intervenirle de nuevo tres meses más tarde para retirarla. Con posterioridad a esta segunda operación, el paciente presentó unas secuelas irreversibles que dieron lugar a su incapacidad permanente y demandó al cirujano una indemnización de 240.000 euros.

Un ejemplo sencillo acerca de que la responsabilidad civil del médico es exclusivamente por culpa es el resuelto por la **STS, 1ª, 138/2013, de 4 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana**. Un paciente había sufrido un infarto de miocardio y había sido ingresado en la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Rüber Madrid, donde se le habían practicado un cateterismo, una angioplastia y se le habían implantado varios *stents*. Una vez estabilizado, los médicos decidieron su traslado a planta donde sufrió un nuevo infarto, esta vez mortal. La viuda e hijos del paciente reclamaron a la clínica y a su aseguradora 240.000 euros. JPI y AP desestimaron la demanda: "[L]a parada cardíaca (...) no es debida a una mala praxis médica (...). [L]a agravación es inevitable, y es una consecuencia del estado del paciente y de la dolencia que padece (...) que es lo suficientemente importante y grave y puede desgraciadamente producir la situación de autos pero que en ningún modo es más que achacable a la propia enfermedad y las

consecuencias desgraciadas de esta" (FD: 1º). El TS confirmó la sentencia de segunda instancia: el daño no había sido imputable al acto médico ni al funcionamiento del servicio sanitario (arts. 1544 CC y 148 TRLGDCU).

La regla de responsabilidad por negligencia permite controlar bien la calidad de la actividad, pero no siempre su cantidad, es decir, el nivel de la actividad misma. Esto último solo lo consigue si en el caso concreto la regla capture, además de las dimensiones cualitativas de la precaución, sus dimensiones cuantitativas (la calidad exigible de la actividad, pero también su nivel o cantidad, por ejemplo). Dicho sea a modo de ejemplo: un cirujano cabalmente precavido opera a sus pacientes de acuerdo con las reglas de la profesión médica, la *lex artis*, pero no trabaja 24 horas seguidas sin descansar entre operación y operación, salvo en circunstancias excepcionales (guerras, catástrofes, epidemias).

Pero este curso ha sido escrito para introducir al estudiante de derecho en casos que no son sencillos, cuya solución no es evidente. No hay que adelantar acontecimientos, pero puede verse un caso breve y nada obvio en el resuelto por la **STS, 1ª, 2016/2276, de 24 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana**: ¿a qué se debió la axonotmesis de la paciente, a la toxicidad del anestésico o a la punción del anestesista?

4. Responsabilidad objetiva o por riesgo.

La cuarta regla es la responsabilidad objetiva o por riesgo, en cuya virtud el demandado responde por los daños que ha causado simplemente por haberlo hecho aunque no haya habido ningún género de culpa o negligencia, es decir, ninguna infracción de deberes, ningún incremento irrazonable de riesgos.

La responsabilidad objetiva se llama, en inglés, *strict liability*: "injurers must pay for all accidents losses that they cause" (SHAVELL, *Foundations*, p. 179). Los alemanes hablan de *Gefährdungshaftung*, responsabilidad por riesgo. Y los italianos, de *responsabilità per rischio*. En España, algunos autores escriben "responsabilidad objetiva" y otros "responsabilidad por riesgo". En este e-libro se sigue la primera convención.

En el derecho comparado propio de culturas tecnológica y económicamente avanzadas, el criterio más común de adopción de la responsabilidad objetiva exige una decisión legal que la imponga o una jurisprudencia estable. En el derecho español, la regla general de defecto en derecho privado es la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC -pero, por razones históricas y por influencia del derecho de la expropiación forzosa, la responsabilidad objetiva es el principio general del cual partió el legislador administrativo al establecer la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Así, el derecho privado español parte de un principio general de responsabilidad por culpa y otro de responsabilidad objetiva. Sin embargo, la responsabilidad objetiva como principio general es punto menos que impracticable: no explica la responsabilidad por omisión, que siempre lo es por infracción de deberes de actuar, y en la misma práctica judicial cotidiana las soluciones a las que llega la sala tercera del Tribunal Supremo, la cual parte del estándar de responsabilidad objetiva, son similares a las adoptadas por su sala primera, que lo hace de otro

de negligencia. Dicho en términos aproximados, sería contrario al buen sentido que el paciente de una clínica privada dispusiera únicamente de una pretensión por daños culposos mientras que el de un hospital público tuviera una pretensión por responsabilidad objetiva; o que el alumno de una escuela privada estuviera sujeto a un régimen distinto al de una escuela pública.

Esta cuestión, indudablemente una de las más complejas de este curso, se analizará a lo largo de varias de sus sesiones. Baste aquí con dejar apuntado que los distintos regímenes de responsabilidad deberían establecerse por sectores o tipos de actividad, pero no por la condición, pública o privada, de quienes la llevan a cabo. Con las salvedades que iremos viendo, el principio general es que una actividad que pueden llevar a cabo tanto agentes públicos como privados ha de estar sujeta a un mismo régimen de responsabilidad por daños. A igualdad de actividad y de riesgo generado por ella corresponde igual estándar de responsabilidad y, desde luego, dada una actividad más o menos peligrosa no hay ningún problema en sujetarla a un estándar mixto, de negligencia y de responsabilidad objetiva, como es el caso de los accidentes de circulación (el art. 1 Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el RDL 8/2004, establece un estándar de negligencia para los accidentes con resultado de daños materiales y uno de responsabilidad objetiva para aquellos que causen daños personales).

La regla de la responsabilidad objetiva incentiva a los causantes potenciales de daños a adoptar los niveles requeridos (por la ley o por la jurisprudencia) de precaución, pero no incentiva a sus víctimas potenciales a adoptar ningún género de cuidado (siempre que los daños puedan ser reparados sin demasiados problemas, pues muchos no pueden serlo completamente y algunos no lo pueden ser de ninguna manera: solo se muere una vez, por ejemplo), pues por diligente que haya sido el causante de los daños este responderá por las consecuencias dañosas que se deriven de su actuación. Asimismo, la responsabilidad objetiva permite controlar no solo la calidad de la precaución de los agentes de actividad, sino también su nivel mismo de actividad, también la cantidad, por tanto, de precaución.

En derecho español, los supuestos legales más importantes de responsabilidad objetiva son:

- Administraciones públicas: arts. 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Accidentes de circulación: Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Animales: art. 1905 CC.
- Caza: art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza
- Objetos que se arrojen o caigan de una casa: art. 1910 CC
- Energía nuclear: art. 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear.

- Medio ambiente: Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.
- Navegación aérea: art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea
- Productos defectuosos: Art. 1 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos; arts. 128 y ss. RDL 1/1007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Responsabilidad del propietario por los humos excesivos nocivos para las personas o las propiedades y caída de árboles colocados en sitios de tránsito: art. 1908. 2º y 3º CC.

STS, 1ª, 372/2020, de 29 de junio, MP: Eduardo Baena Ruiz.

En un tramo del Camino de Santiago, a su paso por la Comunidad Autónoma del País Vasco, un árbol -plantado en un terreno de propiedad privada y situado a menos de tres metros del borde del camino- se desprendió y cayó sobre el camino. Consta que ese día soplaba un fuerte viento. La caída del árbol provocó el accidente de un motorista que circulaba en ese momento por el camino, quien resultó con lesiones medulares y cerebrales graves y paraplejia. El lugar donde estaba plantado el árbol forma parte de una servidumbre de utilidad pública establecida por el Decreto 2/2012, de 10 de enero, a favor de

El camino privado en que está plantado el árbol forma parte del trazado viario que sirve como soporte del Camino de Santiago y de la servidumbre de utilidad pública establecida en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se califica como Bien Cultural Calificado, con la categoría de Conjunto Monumental, el Camino de Santiago a su paso por la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En la norma citada, se define “trazado viario como soporte del Camino” al “conjunto de pistas, caminos, caminos históricos, carreteras y calles por los que discurre el itinerario del Camino de Santiago a su paso por la Comunidad Autónoma” (art. 10.1). Por su parte, el art. 12 del Decreto define distintas zonas de protección dentro de este trazado viario. En concreto, se define una “zona de servidumbre” (art. 12.2) como “una franja de terreno paralela a cada lado del Camino en una anchura de 3 metros medidos desde el borde de la explanación en que se asiente el Camino”. En la zona de servidumbre están prohibidas las actividades de explotación minera, movimientos de tierra, y de construcción (art. 13.1.2). También es relevante el art. 10.5 del Decreto: “Serán las Administraciones competentes en función del tipo de trazado viario soporte del camino, las encargadas de velar por su buen estado y conservación, adoptando las medidas aportunas para evitar el deterioro o destrucción de los tramos del Camino y realizando las funciones concretas de conservación y protección del mismo que le sean propias”.

El motorista y su madre reclamaron una indemnización de 1.310.210,40 euros y de 1.377.082,40 euros, respectivamente, a la propietaria de la finca y a su entidad aseguradora Mapfre.

La SJPI estimó en parte la demanda y condenó a ambos demandados al pago de 550.292,47 euros y 49.707,53 euros, respectivamente. Consideró que procedía imponer responsabilidad a la propietaria del terreno y a su compañía aseguradora, con base en el art. 1908.3 CC, porque no había resultado demostrada la existencia de fuerza mayor ni culpa exclusiva de la víctima en la producción del siniestro. No obstante, consideró que la víctima había interferido en el siniestro por la situación de riesgo en que voluntariamente se había colocado al realizar la actividad en una pista forestal en un día desapacible y de fuerte viento, lo que determinaba, según el Juzgado, la apreciación de compensación de culpas, que se ponderó en un 70% para la propietaria de la finca y en un 30% para el accidentado.

Mapfre interpuso recurso de apelación contra la SJPI y alegó, entre otros motivos, falta de legitimación pasiva porque la hipotética responsabilidad debería recaer sobre la Diputación Foral de Bizkaia y no sobre la propietaria del terreno, pues corresponde a la Diputación, de acuerdo con el Decreto 2/2012, velar por el buen estado y conservación del camino.

La SAP estimó el recurso de apelación de Mapfre y apreció la falta de legitimación pasiva de las codemandadas. Según la SAP la demanda debió dirigirse contra la administración pública como beneficiaria de la servidumbre establecida legalmente, por su condición de titular del predio dominante. Argumentó que se había modificado el fin y destino del camino, el cual había pasado de ser una pista forestal dirigida a facilitar el acceso al monte para su explotación, a un lugar de tránsito ordinario para personas y vehículos. Si la norma incluye como zona de protección una zona de servidumbre para proteger el Camino, podría pensarse que fuese también para la protección de los usuarios del mismo. La caída de árboles o ramas de estos, sitos en la zona de servidumbre, no sólo entorpecería el tránsito y dañarían el camino, sino que, lo que es más grave, harían peligrar la integridad física de los peregrinos.

La parte demandante interpuso recurso de casación y alegó la infracción del art. 1908.3 CC, de la doctrina de la solidaridad impropia y del art. 550 CC – “todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título”.

El TS sólo admitió este último motivo, porque es el que discrepaba de la ratio decidendi de la sentencia.

Según la parte recurrente, el Decreto 2/2012 sólo prohíbe a la propiedad colindante ciertas actividades concretas que podrían deteriorar el Camino de Santiago, pero no el mantenimiento y cuidado de la finca. Destaca que la zona de servidumbre no es zona de dominio público y que el objeto de protección es la conservación de un camino histórico, pero no el mantenimiento de la seguridad del mismo.

Para el TS, es cuestionable la argumentación de la AP, que además debería hacerse con cautelas, porque la Administración no es parte y no había podido defenderse de esa interpretación y ofrecer otra con la que contrastar. Además, concluyó:

“[L]o que es cierto e incuestionable es que el árbol, cuyo desplome ocasionó el siniestro, pertenecía a la demandada, así como que permaneció plantado por esta en la zona en la que después se constituyó la servidumbre y, por ende, a menos de 3m desde la arista exterior del camino.

Solo con este dato es suficiente para considerar justificado que la dueña del árbol pueda ser demandada para exigírsele responsabilidad por el siniestro enjuiciado.

Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, no es posible negarle legitimación para soportar la acción de responsabilidad civil que se ha dirigido contra ella, sin perjuicio de que en el marco de sus relaciones con la Administración puede ejercer contra esta, en su caso, las acciones que entienda que le asisten si considera que ha propiciado de algún modo su responsabilidad”.

El TS estimó el recurso de casación y ordenó la devolución de las actuaciones a la AP para decidir sobre el resto de los motivos del recurso de apelación.

STS, 1^a, 581/2007, de 28 de mayo, MP: Encarnación Roca Trías.

José Augusto trabajaba como retén de incendios forestales para “TRAGSA”, sociedad que había contratado con “HELICSA” los medios aéreos para la campaña 1991-92. El 18.9.1992, a causa de una tormenta, el helicóptero que transportaba a José Augusto se vio afectado por una turbulencia, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. Como consecuencia del accidente, José Augusto resultó herido y sufrió una incapacidad permanente total.

José Augusto demandó a “HELICSA” y a su aseguradora, “Allianz”, en solicitud de una indemnización de 135.040,03 €.

El JPI de Purchena (23.9.1998) estimó la demanda. La AP de Almería (Sección 2^a, 31.3.2000) estimó en parte el recurso de apelación de los demandados, condenándolos a pagar 18.030,36 €.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por José Augusto e incrementó el importe de la indemnización a 21.035,42 €. Si bien el accidente aéreo constituyó un caso fortuito, sostuvo el Tribunal, el transportista está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva con limitación del quantum indemnizatorio que no admite moderación alguna por los tribunales (art. 120 Ley de Navegación Aérea).

Compárese esta resolución con la **STS, 1^a, 595/2012, de 23 de octubre, MP: Francisco Marín Castán**: el demandante, aprendiz de piloto, resultó herido en un accidente ocurrido durante un examen de vuelo mientras otro aspirante estaba a los mandos, no obtuvo indemnización al no ser considerado pasajero. El tribunal concluyó que “la asunción del riesgo de volar tiene mucha más intensidad para los aspirantes a la licencia que para los pasajeros de líneas aéreas o aeronaves autorizadas para el transporte de viajeros, ya que mientras que en el transporte la regla general es evitar maniobras arriesgadas, en cambio la enseñanza del vuelo y los exámenes correspondientes comportan por sí maniobras que simulen situaciones apuradas (...). Se produce así (...) una asunción de riesgos compartidos por todos los tripulantes de la aeronave que no permite imponer a su propietaria (...) un régimen de responsabilidad objetiva” (FD 3^º). La diferencia de criterios se explica si se tiene en cuenta la doctrina del riesgo del profesional que hemos expuesto más arriba en este mismo capítulo.

STS, 1^a, 1243/2007, de 4 de diciembre, MP: Francisco Marín Castán.

El 21.7.1989, una mujer de 65 años de edad, falleció como consecuencia de ser golpeada en la cabeza por una maceta que, durante un fuerte temporal de viento, cayó desde el quinto piso de un inmueble de Madrid. La propietaria había dado en arriendo el inmueble a Carina y tenía contratado un seguro multirriesgo de comunidades de propietarios con "AGF Unión Fénix, S.A.".

Bernardo, viudo de la fallecida, demandó a Romeo, Luis Enrique y Lourdes, viudo e hijos de la propietaria del piso, "AGF Unión Fénix, S.A." y Carina, arrendataria del piso, y solicitó una indemnización de 90.151,82 €.

El JPI núm. 58 de Madrid (11.7.1997) estimó en parte la demanda, condenó a Carina a pagar 48.080,97 € y absolió al resto de demandados. La AP de Madrid (Sección 13^a, 12.7.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por Carina y estimó el de Bernardo en el sentido de condenar a todos los demandados a pagar 60.101,21 €.

El TS estimó los recursos de casación interpuestos por Romeo, Luis Enrique, Lourdes y la aseguradora, a quienes absolió. La propietaria no había incurrido en negligencia por no haber advertido a la inquilina del peligro que representaban las macetas, pues exigirle tal deber supondría "(...) la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión en la conducta del inquilino" (FD 2º). En términos jurídicos, esta doctrina se explica si se tiene en cuenta que el poseedor inmediato del piso o local es el inquilino, no el propietario arrendador. Y en términos económicos, el coste de evitar el daño es muy reducido para el inquilino, mucho más elevado para el propietario, quien, de entrada y en defecto de pacto, carece de libre acceso a las viviendas que alquile, sin permiso del arrendatario. ¿Por qué no se aplica la misma doctrina a un establecimiento hotelero si uno de los huéspedes del hotel deja caer o arroja un objeto por el balcón y alguien resulta herido?

5. Continuidad de las reglas de responsabilidad. Responsabilidad absoluta

La exposición sucinta de cuatro grandes reglas de responsabilidad civil -ausencia de responsabilidad, responsabilidad por dolo, responsabilidad por negligencia y responsabilidad objetiva- permite ordenar a su vez la exposición del derecho español de la responsabilidad civil que se adecua sustancialmente a esas cuatro grandes reglas.

Sin embargo, no hay discontinuidades entre las cuatro reglas, pues la transición entre los supuestos de hecho de cada una de ellas es más gradual que categórica. Así, la regla de la ausencia de responsabilidad parte de un principio general de libertad, pero esta no puede ejercerse de modo abusivo, en particular, cuando el abuso es doloso y se ceba en personas u organizaciones determinadas. El dolo limita así zonas grises de influencia de la regla de ausencia de responsabilidad.

Igualmente la regla de la responsabilidad por dolo limita con la regla de la negligencia en otra zona gris: el dolo eventual o la responsabilidad por culpa grave, *culpa lata*, e incluso los

romanistas llevan siglos enseñándonos que las fronteras entre la *culpa latior* y el dolo son extraordinariamente difusas, es la *recklessness* del *Common Law*, la desconsideración pura y simple. Para la regla de la negligencia grave, véase capítulo 3, epígrafe 8.

Luego, la regla de la negligencia se solapa con la de la responsabilidad objetiva, y ésta con aquélla, al menos por dos razones: en primer lugar, con frecuencia se presume la negligencia y la carga de probar su ausencia puede resultar muy gravosa de sobrelevar, con lo cual el régimen legal práctico es de responsabilidad objetiva, o, al revés, se limita con criterios de imputación objetiva la responsabilidad objetiva y en algunos casos ésta deviene indistinguible de la responsabilidad por negligencia.

Finalmente, el espacio exterior a la responsabilidad objetiva es también difícil de delimitar pues en bastantes casos el derecho comparado y el español no solo prescinden de la relevancia de la negligencia del causante del daño sino que llegan a prescindir también, al menos presuntivamente, de la exigencia de prueba de la relación de causalidad, cuando se trata de la responsabilidad de conductas típicas con las cuales se asocia normalmente la producción del efecto dañoso (contaminación, contagio...). En el límite, están los supuestos de responsabilidad absoluta que, en todo caso, deben ser analizados con mucha prudencia, pues pueden degenerar en un derecho de autor. Ni siquiera en uno de actos si la exención de la prueba de la causalidad se extiende a la realización de la conducta misma. El derecho puro del autor no es tal, es solo una perversión.

En la responsabilidad objetiva se prescinde de la negligencia, es decir, de la infracción de deberes de cuidado y se responde, como hemos dicho, por la simple causación de un daño. En la responsabilidad absoluta se prescinde no solo de la negligencia sino también de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño, de manera que el agente responde por la mera realización de una actividad típica.

Los lectores interesados en el deslinde entre las reglas de responsabilidad por negligencia y responsabilidad objetiva, pueden consultar las **STS, 1^a, 185/2016, de 18 de marzo, MP: Fernando Pantaleón Prieto (RJ 9834)** y **STS, 1^a, 141/2021, de 15 de marzo, MP: José Luís Seoane Spiegelberg**.

STS, 1^a, 185/2016, de 18 de marzo, MP: Fernando Pantaleón Prieto (RJ 9834)

En el caso, el demandante, cliente de la discoteca explotada por la compañía demandada, había sufrido lesiones al pisar un cristal roto en la entrada de los baños del local y reclamaba una indemnización de 11.393,91€.

El JPI desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción y estimó en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de 10.937,37 euros.

La demandada interpuso recurso de apelación. La AP estimó la excepción de prescripción que la demandada apelante había reproducido y desestimó la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal estimó el recurso, casó la SAP y confirmó la SJPI. Véanse los fundamentos de derecho 5º y 6º:

“ [L]a objeción de fondo que la compañía Macumba dirige, en su recurso de apelación, contra la resolución del Juzgado *a quo* suscita las importantes cuestiones de si la responsabilidad civil extracontractual es, y en qué medida, subjetiva o por culpa u objetiva o por riesgo; de cuál sea el nivel de pericia y diligencia exigibles para no incurrir en culpa; y de la distribución de la carga de prueba sobre la existencia o no de culpa (...)

A la luz de los datos normativos y la muy nutrida doctrina jurisprudencial que, durante la última década, ha establecido esta Sala sobre las expresadas cuestiones [entre muchas (...) SSTS 566/2015, de 23 de octubre (Rec. 2213/2013) (...) y 639/2015, de 3 de diciembre (Rec. 558/2014) (...)], las tesis esenciales al respecto pueden enunciarse como sigue:

1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC (...), el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley (...)
2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».
3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia (...)
4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC (...). Del tenor del artículo 1902 CC (...), en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC (...)) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC (...).
5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC (...), el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte”.

STS, 1^a, 141/2021, de 15 de marzo, MP: José Luís Seoane Spiegelberg.

43 personas demandaron a Uralita, S.A. una indemnización por los daños personales asociados, en algunos casos, a la muerte de sus familiares y, en otros, a distintas patologías pulmonares padecidas por los demandantes, debidas a la inhalación de fibras de amianto. La acción ejercitada se basaba en los arts. 1902 y 1908.2 CC.

El amianto o asbesto es un mineral que fue ampliamente utilizado hasta década de los años 80 del siglo pasado en procesos industriales para la fabricación de una gran cantidad de productos. Sin embargo, se descubrió en la década de los años 40 del siglo pasado que era un producto altamente tóxico para la salud de quienes se encontraban expuestos al polvo del amianto, pues podía dar lugar a un tumor maligno, denominado mesioteloma, y a la asbestosis, que es una neumoconiosis o fibrosis pulmonar; además de aumentar el riesgo de padecer cáncer de pulmón. Dicho conocimiento llevó a las autoridades a imponer una serie de prevenciones y medidas de seguridad con la finalidad de garantizar la salud de los trabajadores y controlar el impacto ambiental de las emanaciones de las fábricas (la Orden ministerial de 9 de marzo de 1971 señalaba, en su art. 138, que los equipos protectores de los trabajadores nunca se sacarían de la fábrica; y se impuso una progresiva reducción de los niveles de contaminación promedio permisible de fibras de amianto en cada puesto de trabajo). Finalmente, se prohibió su utilización por el RD 1406/1989.

La empresa demandada desarrolló en la localidad de Cerdanyola del Vallés (Barcelona), entre 1907 y 1997, una actividad industrial consistente en la fabricación de elementos para la construcción mediante el uso de amianto.

Un grupo de demandas tenía por objeto las patologías sufridas por familiares de los trabajadores de la empresa que volvían a sus respectivos domicilios con las ropas de trabajo contaminadas (los denominados pasivos domésticos); un segundo grupo se basaba en las patologías sufridas por personas que vivían en las proximidades de la fábrica y que resultaron expuestas a las emanaciones y residuos procedentes de la misma (los denominados pasivos ambientales).

El JPI núm. 96 de Madrid estimó en parte de la demanda y consideró que la demandada era responsable con respecto a los perjudicados, pasivos domésticos, de trabajadores que habían prestado servicios para la empresa entre 1971-1977, porque se había probado que en ese período la empresa había incumplido la normativa y las órdenes de la Inspección de Trabajo sobre la necesidad de que los equipos protectores de los trabajadores nunca se debían sacar de la fábrica y otras medidas relativas a cómo se debía manipular y limpiar la ropa de trabajo dentro de la fábrica. Respecto a la contaminación medioambiental, consideró que no se podía concluir que los incumplimientos de la demandada sobre limpieza general de los locales y dosis permitidas de exposición ambiental en el interior de la fábrica tuvieran repercusión en el exterior.

La parte actora y demandada interpusieron sendos recursos de apelación. La AP estimó el recurso de apelación de la parte actora y estimó la demanda respecto a todos los demandantes. Concluyó que, al menos desde el año 1940, se conocía que se trataba de una sustancia perjudicial para la salud y que se había acreditado que la demandada no había adoptado las medidas necesarias para prevenir el daño a los familiares de los trabajadores. En cuanto a las reclamaciones de los pasivos ambientales, consideró que la actividad desarrollada por la demandada era peligrosa, creadora de un riesgo superior al normal y que requería un incremento de los estándares de pericia y diligencia, con agotamiento de las medidas de cuidado. Concluyó al respecto que se había acreditado que la demandada no había actuado con la diligencia exigible al emitir sin control adecuado dichas fibras al ambiente exterior.

El TS desestimó los recursos de la parte demandada y estimó en parte de el recurso de casación de la parte actora en cuanto a la indemnización concedida a algunos demandantes. Léase, a continuación, la argumentación del TS sobre la doctrina del riesgo prevista en el fundamento de derecho 4º, apartado 4º, que sirve de fundamento de la responsabilidad de la demandada:

“4.- Pautas y guías resolutivas

De la doctrina expuesta podemos obtener las conclusiones siguientes que seguiremos para abordar la decisión del presente motivo de casación:

I. En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. No existe en el marco de nuestro ordenamiento jurídico una cláusula general de responsabilidad objetiva para casos como el que conforma el objeto del presente proceso. Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa).

II. La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida. Los daños susceptibles de ser causados con la actividad peligrosa han de ser especialmente significativos por su frecuencia, alcance o gravedad y fundamentalmente si afectan a la salud de las personas. No se extiende la aplicación de la mentada doctrina a aquellos otros que son fácilmente prevenibles.

En este sentido, no se consideró aplicable a casos relativos a la caída al suelo en una peluquería (sentencia 1042/1993, de 12 de noviembre); explotación de un negocio de calzado (sentencia 679/1994, 9 de julio); riesgos generales de la vida (sentencias 1363/2007, de 17 de diciembre o 701/2015, de 22 de diciembre, así como las citadas en ellas); muerte por ahogamiento en una piscina (sentencias 747/2008, de 30 de julio y 678/2019, de 17 de diciembre); caída en un escalón de un restaurante (sentencia 149/2010, de 25 de marzo); ubicación o características de la puerta de acceso a un cuarto de calderas (sentencia 385/2011, de 31 de mayo); lesiones al pisar el cristal de un vaso en una sala de fiestas (sentencia 185/2016, de 18 de marzo) entre otros supuestos contemplados.

No obstante, sí se aplicó, por ejemplo, en los casos de explotación de la minería (sentencia 1250/2006, de 27 de noviembre); explosión de una bombona de gas (sentencia 1200/2008, de 16 de diciembre), transporte ferroviario (sentencias 791/2008, de 28 de julio y 44/2010, de 18 de febrero); fabricación y almacenamiento de material pirotécnico (sentencia 279/2011, de 11 de abril); explotación de trenes suburbanos (sentencias 927/2006, de 26 de septiembre; 645/2014, de 5 de noviembre o 627/2017, de 21 de noviembre), ejecución de obras con utilización de explosivos (sentencia 26/2012, de 30 de enero) o explosión por acumulación de gas (sentencia 299/2018, de 24 de mayo) entre otros.

III. Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontramos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas.

IV. Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa.

V. Por otra parte, el art. 1908.2 CC, igualmente invocado en la demanda, regula los daños causados por los humos excesivos que sean nocivos como un supuesto de responsabilidad propia y directa del propietario de matiz objetivo (sentencias 227/1993, de 15 de marzo; 281/1997, de 7 de abril; 31/2004, de 28 de enero y 589/2007, de 31 de mayo)".

En aplicación de esta doctrina al caso, el TS concluyó que la actividad desarrollada por el demandado no era una actividad común o habitual, sino anormalmente peligrosa; que los riesgos del amianto para la salud de las personas se conocían antes de 1940 y estudios científicos informan que, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, era conocida la contaminación medio ambiental; que constatado el carácter nocivo para la salud derivado de la inhalación de las fibras de amianto, no era difícil de representar el riesgo de las emanaciones al exterior procedentes de las ropas de trabajo de los empleados, así como de las liberadas al medio ambiente; y que, lejos de observarse por parte de la empresa un cuidado elevado para prevenir los riesgos, han resultado acreditadas deficiencias en el mantenimiento interno de los niveles de contaminación tolerables, como resulta de un acta levantada por la inspección de trabajo. Además, el lavado de las ropas de trabajo correspondía a la empresa y no a los familiares.

6. “La Lleona de Girona” o “El Cul de la Lleona” (Rèplica de l’original, Plaça de Sant Feliu, Girona)

El Ayuntamiento de Gerona instaló en 1986 y en la plaza de Sant Feliu una réplica de la escultura “El cul de la lleona”, expuesta en el Museo de Arte de Girona, y colgó una placa que explica que se trata de una escultura popular medieval del románico del s. XI y que en aquella época, en la casa de la vila, se llevaba a cabo un acto que consistía en que “per rebre un nou ciutadà, se li feia besar el cul de la lleona com a acatament i respecte a la ciutat. Era un divertiment oficial polític de reconeixement com a gironí”.

En 1995 el Ayuntamiento colocó una estructura junto a la columna (foto 2) para facilitar el acceso a la escultura.

En 2015, un turista francés, de 75 años de edad, que había subido por la estructura para cumplir con la tradición, se cayó y sufrió un fuerte traumatismo en la cabeza que le causó la muerte. Puede oírse una breve descripción de los hechos en [“Girona retira les escales del cul de la lleona després de la mort d'un turista”](#).

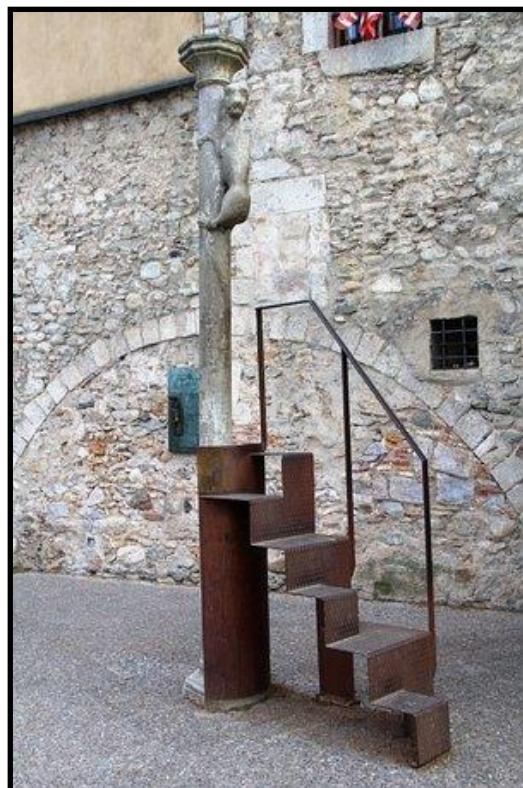
El 9 de diciembre de 2016, una señora de 55 años, que también subió por la estructura para cumplir con la tradición, se cayó mientras bajaba y sufrió una fractura del radio de un brazo. Tras este accidente, el Ayuntamiento sustituyó la estructura existente por una escalera (foto 3).



Escultura sin escalera (1986-1995)
hostals.blogspot.com



Escultura con escalera (1995-2015)
ca.wikipedia.org



Escultura con estructura (2016-).
Tripadvisor.i

La víctima del último accidente descrito presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Girona en la que solicitó una indemnización de 68.217,59 euros por los daños sufridos. En el marco de este procedimiento, la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya ha emitido el [dictamen preceptivo 263/2019](#) y ha resuelto que es procedente estimar la reclamación en 5.041,17 euros, porque considera que la víctima había contribuido al accidente de una manera importante y ha valorado su contribución en un 80%:

“A fi de determinar si existeix o no nexe de causalitat, és extremadament rellevant l’informe que emet la cap del Servei de Planejament i Llicències en Zones d’Especial Protecció i PLU. La tècnica municipal explica els orígens de l’escultura i assenyala que “és molt antic el fet que amb la gent de fora de la ciutat es feia la broma de fer-los enfilar per la columna i fer un petó al cul de la lleona”. A més, informa del següent:

‘L’Ajuntament ha recuperat la tradició d’enfilar-se a la columna. Al principi la gent pujava per la mateixa columna fins que aquesta començava a patir desperfectes i era difícil pujar-hi per fer aquest petó.

Ara l’Ajuntament ha col·locat una mena de moble o peça que protegeix la columna i a la vegada permet enfilar-se per la columna amb més facilitat. En cap cas són unes escales, es veu a simple vista que només serveix per protegir la columna i facilitar a qui vol fer un petó al cul de la lleona amb la dificultat que això suposa amb un punt de recolzament. Per tant, en no ser unes escales, no ha de ajustar-se a cap normativa d’accessibilitat.

La peça que envolta la columna és sobretot una protecció de la mateixa escultura i permet enfilar-se sense abraçar la peça com era la tradició. Hem recuperat la tradició, no hem fet un accés adaptat al Codi d’accessibilitat. Qui s’enfila per la columna ja veu que no són escales, és un simple punt d’ajuda i protecció per una acció difícil’.

La conclusió que resulta d'aquest informe és que l'Ajuntament coneix que el "cul de la lleona" funciona com a atracció turística per als visitants i que la seva fesomia actual és fruit de l'actuació municipal específicament adreçada a permetre el bes sense que es malmeti l'escultura, tot i que aquesta sigui una rèplica de l'original. I, a més, es reconeix que aquesta estructura en forma d'esglaons adreçada a permetre que els visitants besin l'escultura no compleix el codi d'accessibilitat. Finalment, la tècnica reconeix que l'accés és difícil: es parla de "dificultat" i de "diffícil".

Per tant, l'Ajuntament és sabedor de la pràctica dels visitants i l'estimula, tot posant un sistema de graons que ajudi a arribar al "cul de la lleona"; però sense complir cap normativa, la qual cosa és tant com dir que s'accepta l'existència d'un risc per als ciutadans que són encoratjats a aquest ritual "diffícil". Per molt que es digui que no és una escala, sembla una escala i serveix per al mateix que serveix una escala. És a dir, existeix un fonament per a atribuir a l'Ajuntament de Girona la responsabilitat dels danys que puguin patir els ciutadans quan compleixen aquest ritual: es tracta d'una activitat no només coneguda, sinó fomentada com a atractiu turístic de la ciutat, però sense que s'hagin observat les normes d'accessibilitat. De fet, qualsevol fotografia de l'escultura permet veure que l'estructura per a acostar-se al "cul de la lleona" està composta de fins a sis graons, tres molt estrets i tres un xic més amples, amb una barana en un dels costats. Tampoc existeix cap avís al lloc sobre la perillositat dels esgraons.

Tanmateix, aquesta estructura és prou evident a simple vista. No es tracta d'un lloc de pas per on han de circular habitualment els vianants, sinó que cal enfilar-s'hi expressament. No es tracta que, en el caminar normal, el ciutadà topi amb un defecte al paviment o en unes escales, sinó d'algú que intenta complir un ritual propi dels visitants de Girona, que consisteix a pujar per aquests graons que la mateixa reclamant descriu com a molt estrets i que conformen un conjunt "bastante endebles". Res obligava la reclamant a besar l'escultura. Ho va fer a les 13.00 hores, o sigui, a plena llum del dia, sense que manifesti circumstàncies meteorològiques adverses que poguessin afectar-ne la percepció; en conseqüència, conscient que l'estructura no era segura. Per tant, va assumir un risc evident, que es va materialitzar amb la caiguda. En altres paraules, la reclamant va contribuir causalment, i d'una manera decisiva, en la producció de l'accident" (Fonament Jurídic IX.2).

Capítulo 3

Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia

1. La negligencia como infracción de deberes de precaución	72
2. De los casos claros de negligencia a los complejos, difíciles y discutibles, y de estos a aquellos en los cuales no hay responsabilidad por negligencia.....	74
3. Circunstancias personales del demandado	81
3.1. Edad y estado de salud	81
3.2. Responsabilidad civil de incapaces y menores en derecho español.....	82
3.3. Material complementario: edad, salud y responsabilidad civil en el derecho comparado	85
4. Riqueza del demandado.....	87
5. Conocimientos especiales y habilidades particulares del demandado	89
6. Circunstancias personales de la víctima.....	90
7. Situaciones de peligro que requieren acción inmediata: Sudden Emergency doctrine.....	90
8. Negligencia grave	91

1. La negligencia como infracción de deberes de precaución

“El retorno a la culpa como criterio de imputación: “el Tribunal Supremo ha vuelto a los criterios de imputación subjetiva” [a la culpa como criterio general por oposición a la responsabilidad objetiva].

Encarna ROCA TRIAS/Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños*, 6^a ed., 2011, pp. 27-28

El artículo 1902 del código civil español de 1889 dice: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. El viejo precepto del código civil presupone así un concepto de negligencia que no define.

En la jurisprudencia y la doctrina, tanto españolas como comparadas, negligencia se define como infracción de deberes de precaución o de cuidado o, si se prefiere, como incremento irrazonable del riesgo.

La ley, los reglamentos o los tribunales especifican niveles razonables de precaución o cuidado para tales o cuales actividades humanas, cuya inobservancia por parte del causante de daños llevará a que haya de asumirlos y compensar a la víctima o al perjudicado.

La jurisprudencia parte siempre de la resolución de un caso concreto y para hacerlo pone de manifiesto cuales son los criterios normativos en virtud de los cuales juzga que la conducta del demandado infringió o no deberes de cuidado cuyo cumplimiento era o no exigible en el ámbito de la actividad que había llevado a cabo.

Así, por ejemplo, el caso de la **STS, 1^a, 679/2010, de 10 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, resuelve un supuesto de responsabilidad civil médica por error de diagnóstico y, al hacerlo, identifica un deber de precaución del médico general consistente en la remisión del paciente a un facultativo especialista ante determinadas sintomatologías.

El 12.12.1996, Eva se sintió súbitamente enferma, perdió el habla, sintió cosquilleos con adormecimiento y pérdida de la fuerza en el brazo derecho. Acudió al Hospital General de Caranza, donde fue atendida de urgencias por el médico de guardia Pío, quien le diagnosticó una bajada de azúcar, le inyectó glucosa y le dio de alta. Tres días después, Eva volvió a presentar los mismos síntomas y acudió nuevamente al mismo servicio de urgencias, donde fue atendida por el doctor Luis Miguel, quien ordenó su ingreso. En la madrugada del día siguiente, ante la situación de la paciente, el doctor Carlos decidió trasladarla a un nuevo centro hospitalario donde se le pudo realizar un TAC. En el nuevo centro se le diagnosticó un infarto isquémico cerebral. Como consecuencia de ello, Eva quedó con una afasia de tipo motor, problemas en el habla, alexia, agraphia, parálisis espástica de extremidad superior derecha con contractura en flexión de dedos y parálisis espástica en la extremidad inferior derecha.

Eva demandó a los médicos Pío, Luis Miguel, Carlos, al "Hospital General de Caranza Ferrol" y a las compañías de seguros "Compañía de Seguros Aegon" y "Compañía de Seguros Ama Previsión Sanitaria S.L." y solicitó una indemnización de 780.000 euros por los daños y perjuicios sufridos.

EL JPI núm. 6 de Ferrol (16.2.2004) desestimó la demanda. La AP de La Coruña (Sección 5^a, 4.12.2006) desestimó el recurso de apelación.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por la actora y condenó a Pío y a las compañías de seguros (a estas hasta el límite de los seguros concertados) al pago de 235.112,98 euros. Se deberían "haber agotado los medios que la ciencia médica pone a su alcance para determinar la patología correcta cuando era posible hacerlo, como manifestó el propio perito, bien mediante la realización de las pruebas pertinentes, bien previa consulta de algún especialista en neurología si por razón de la especialización de quien en esos momentos le atendía (medicina general), no estaba en condiciones de detectar y prevenir un ictus en evolución. Faltaron en el caso los conocimientos médicos necesarios para hacer posible el diagnóstico que hubiera prevenido o evitado la obstrucción completa de la arteria carótida a partir de una previa sintomatología neurológica que no fue detectada por el médico de guardia, como "sin duda" lo habría hecho el perito, lo que a la postre no viene sino a indicar que cualquier otro médico con una base mínima de conocimientos para estos supuestos o supliendo sus carencias mediante un consejo médico complementario, habría detectado de inmediato la razón de su ingreso y le hubiera proporcionado con la urgencia y diligencia necesaria todos los medios curativos de que disponía" (FD 2º). Obsérvese que la paciente había acudido a un hospital general y que, en todo caso, el Tribunal hace suyo el dictamen pericial según el cual la ciencia médica implica que el facultativo a cargo de la urgencia identifique el problema médico o, al menos, derive al paciente a un especialista.

En los párrafos anteriores hemos definido el concepto de culpa o negligencia. Distinta a la anterior es la cuestión, ya aludida en otros capítulos de este libro, sobre los elementos del *tort de negligence, en el Common Law: act/omission, duty of care and breach of that duty, causation and harm*.

2. De los casos claros de negligencia a los complejos, difíciles y discutibles, y de estos a aquellos en los cuales no hay responsabilidad por negligencia

En la práctica jurisprudencial hay casos meridianamente claros de infracción del deber de cuidado o que por lo menos lo eran en el momento y circunstancias del accidente. Otros, en cambio, son más complejos de decidir. Unos terceros son difíciles o muy difíciles de resolver - *hard cases make bad law* - ; en relación con unos cuartos, lo único claro es que hay mucho por discutir, pues la decisión puede inclinarse por cualquier lado de la balanza. Finalmente, hay casos en los cuales el tribunal estima que no hubo alguna negligencia en el comportamiento del demandado, acaso porque, a diferencia de la visión del derecho de George R.R. Martin, los juicios a veces han de finalizar con una sentencia absolutoria.

La (menor, mayor, extrema) dificultad suele provenir de que los criterios para estimar o rechazar la negligencia son muchos y muy diversos entre sí. Escoger solo uno de los utilizados permite ordenar la exposición pero a costa de simplificar mucho el discurso. Así, si se asume que el objetivo principal del derecho de daños es minimizar los costes de los accidentes (como hicimos en Pablo SALVADOR, Carlos GÓMEZ, "El Derecho de Daños y la Minimización de los Costes de los Accidentes", *InDret* 1/2005 (www.indret.com)), entonces ordenar los casos del más claro y fácil al más oscuro y difícil es sencillo:

1. En un primer caso resuelto por la **STS, 1ª, 577/2012, de 17 de octubre, MP: Francisco Marín Castán**, la empresa Talleres Ballespí SL instaló en 2005 una puerta corredera de hierro -de 6,050 metros de ancho por 4,015 de alto- en el cementerio municipal de Lleida. Cuatro días después de la instalación, a primera hora de la jornada laboral, Simón, trabajador de 48 años empleado por Pintura y Decoración SL, comenzó a pintar la puerta y ésta se salió de la guía superior, le cayó encima y le causó un traumatismo torácico y múltiples fracturas, a resultas de las cuales fue declarada su incapacidad permanente absoluta.

El trabajador demandó a Talleres Ballespí SL y a su aseguradora Reale Seguros Generales SA y solicitó una indemnización de 172.911,84 euros. El JPI núm. 6 de Lleida desestimó la demanda por sentencia de 19.11.2007. La AP de Lleida, Sección 2ª, estimó en sentencia de 26.10.2009 el recurso de apelación, revocó el fallo del JPI y condenó a las sociedades demandadas a indemnizar al actor en 169.220,10 €.

El TS confirmó la sentencia de apelación y argumentó que:

"1ª) La empresa dedicada a la instalación de puertas y que instala en un cementerio municipal una puerta corredera metálica de seis metros de anchura por cuatro de altura debe hacerlo en condiciones de evitar que la puerta caiga no solo sobre los trabajadores de la obra del cementerio sino sobre cualesquiera personas que en el futuro visitaran el cementerio o pasaran por la puerta.

2^a) Entre los riesgos naturales de la vida no se encuentra el de que una puerta de semejantes dimensiones se desplome sobre quien se acerca a ella.

3^a) En el litigio no se juzga la responsabilidad de la empresa empleadora del perjudicado, sino la de la empresa que instaló la puerta. El problema no es, por tanto, de medidas de seguridad para el trabajador, sino de instalación de la puerta en las condiciones debidas para que no se desplome sobre persona alguna, trabajador o no de la obra.

4^a) El dato de la instalación de la puerta cuatro días antes del hecho dañoso, que en el motivo se invoca a favor de la empresa que hizo la instalación, justifica en realidad el juicio de imputación de la sentencia recurrida, pues demuestra una evidente proximidad temporal entre la instalación y el desplome de la puerta.

5^a) Es insostenible que la mera existencia de gravilla en la parte inferior de la puerta pueda provocar su desplome. Es más, si así fuera se vendría a demostrar su defectuosa instalación. Y no menos insostenible es que por la mera existencia de una empresa contratista quede exonerada de responsabilidad la empresa subcontratada precisamente para la instalación de la puerta como empresa especializada.

6^a) En definitiva, el hecho también indubitable de que los topes o espárragos se habían salido de la guía superior de la puerta justifica el juicio de imputación del tribunal sentenciador por la posición de garante (SSTS 20-12-11 , 30-10-09 y 5-3-09) que con la instalación de la puerta asumía la empresa instaladora.

7^a) En función de lo anterior, tampoco un mero cierre defectuoso de la puerta el día anterior exoneraría de su responsabilidad a la empresa instaladora, salvo prueba de una maniobra tan negligente o malintencionada que hubiera llegado al extremo de sacar los topes de la puerta de su guía superior, también instalada por la misma empresa" (FD 5º).

En efecto, el resuelto es un caso claro de negligencia unilateral, es decir, de un supuesto en el cual la víctima nada podía haber hecho para evitar el daño que finalmente sufrió, cuando, además, queda bien a las claras que los demandados podían haber adoptado más y mejores precauciones.

Pero el siguiente plantea más dificultades tanto a la hora de identificar a los responsables de los daños sufridos por la víctima como a la de concretar los niveles de precaución que podrían haberse adoptado para evitarlos:

2. Una mañana del mes de marzo de 1992, la víctima esperaba la llegada del Metro en la estación de la calle Rocafort de Barcelona. El convoy llegó, abrió las puertas y la abigarrada muchedumbre que esperaba en el andén se abalanzó hacia el interior de los vagones. Empujada por el resto de viajeros, la víctima cayó al suelo y sufrió lesiones de gravedad por las que reclamó un total de 37.743,55 euros a la entidad "Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA" gestora del servicio público de transporte por metro en la ciudad de Barcelona cuando se produjo el accidente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la víctima contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la primera instancia y concedió una indemnización de 28.518,02 euros con cargo a la entidad demandada. La **STS, 1^a, 1121/2001, de 3 de diciembre, MP: Román García Varela**, que puso fin al proceso,

desoyó los argumentos de “Ferrocarril Metropolità” y convalidó la condena decidida por la Audiencia de Barcelona.

El tercer caso manifiesta aún más palmariamente las dificultades de atribuir responsabilidad al titular de una organización por los daños causados por un tercero ajeno al ámbito de influencia de la organización misma:

3. En la madrugada del 6 de mayo de 1990, la Sra. Ángela M.R. entró en una de las oficinas de la entidad bancaria demandada para retirar dinero de un cajero automático. En nuestro país, algunas oficinas de bancos y cajas disponen de cajeros a pie de calle, pero es más frecuente que tras la puerta de entrada de la oficina, haya un primer espacio en el que están instalados uno o varios cajeros automáticos, que pueden ser utilizados, por lo general, las 24 horas del día. La puerta de acceso a este local puede cerrarse con un pestillo. Durante las horas de oficina, los clientes pueden superar este espacio y entrar donde se encuentran los empleados que ofrecen los servicios bancarios de que se trate. En el asunto, el pestillo de la puerta estaba roto y un atracador, que estaba al acecho, entró en el local cuando la víctima ya había tecleado el número secreto de su tarjeta de crédito. Forcejaron, el atracador sacó una navaja con la que hirió a la actora en su mano izquierda y le robó la cantidad retirada. La víctima reclamó 15.000.000 de pesetas a la entidad bancaria titular del cajero automático. En primera instancia, su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo, en **STS, 1ª, 255/1997, de 1 de abril, MP: Pedro González Poveda**, desestimó el recurso de la víctima: “[...] no puede afirmarse que las lesiones sufridas por la recurrente al ser asaltada por un desconocido, sean una consecuencia [...] del estado en que se encontraba el cerrojo instalado en la puerta de acceso al cajero automático y que impedía cerrar la puerta desde el interior, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida sobre la actora por el tercero desconocido que la atacó” (FD 2º).

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

4. La **STS, 1ª, de 31 de diciembre 1997 (RJ 9195), MP: Francisco Morales Morales**, condenó a la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) por la muerte de dos menores de edad quienes, durante las fiestas mayores del pueblo de Manzanares (Madrid), jugaban con sus compañeros a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado varias veces los hechos al Ayuntamiento de Manzanares que había ordenado vigilar la zona durante unas horas al día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el primero, cuando un Tren Expreso que circulaba a 130 km/h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron únicamente a RENFE y al Ayuntamiento a pagar 36.061 euros a cada uno de los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la compañía ferroviaria. La actividad de

los jóvenes, en absoluto justificable, era conocida y debían haberse adoptado todas las medidas necesarias, incluso la detención del convoy a su paso por el pueblo, para evitar daños como los que sucedieron (cfr. STS, 1^a, 44/2010, de 18 de febrero).

5. El demandante en el proceso que resolvió la **STS, 1^a, de 10 de octubre de 1998 (RJ 8371)** **MP: Antonio Gullón Ballesteros**, era un trabajador de una empresa de productos congelados a quien una máquina termoselladora le amputó la mano derecha. Inmediatamente después del accidente, la enfermera de la empresa acudió al lugar de los hechos para atender al trabajador, cortó la hemorragia e instruyó a un compañero del trabajador para que envolviera la mano traumáticamente amputada en hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, el compañero de la víctima metió la mano amputada en una caja de *porexpan* llena de dióxido de carbono sólido, comúnmente conocido como hielo seco, de las que utilizaban para el transporte de productos congelados, pues creía que procuraría una mejor conservación de la mano. Cuando la víctima fue ingresada en el centro sanitario los tejidos de la mano amputada estaban destruidos por congelación y ya no fue posible practicar el implante. El trabajador quedó manco y demandó a la empresa y a la enfermera de la misma por no haber comprobado cómo se trasladó la mano amputada al hospital. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la concesión de 120.202 € que el demandante reclama, pero el Tribunal Supremo condenó a la enfermera a pagar una indemnización de 9.015 euros. La enfermera no fue del todo diligente y debía responder por la pérdida de las expectativas de reimplantar el miembro amputado.
6. A la demandante en el caso finalmente resuelto por la **STS, 1^a, de 24 de mayo de 2016 (RJ 2276)**, **MP: José Antonio Seijas Quitana**, se la sometió a una cesárea en la que intervino como anestesista el médico (co)demandado. A sus resultas fue afectado el nervio ciático y la demandante, reponedora en un supermercado, quedó con secuelas que determinaron su incapacidad laboral. Reclamó entonces 138.172,54 € de indemnización al anestesista y a su compañía aseguradora, así como a la Clínica en la cual había tenido lugar el acto médico y a la suya. Hubo dos sentencias contradictorias de instancia, pues el Juzgado absolvió a los demandados pero, en apelación, la Audiencia condenó a varios de los codemandados a pagar 125.264,72 €, con intereses del 20% en el caso de una de las dos compañías de seguros, a computar desde el 3 de agosto de 2002. Recurrida en casación la sentencia de apelación por el anestesista, el TS rechazó el recurso. Comenzó reproduciendo la narración de los hechos realizada por la sentencia recurrida: “[L]a relación causal de la actuación del anestesista y la lesión que sufre la demandante no se discute. Lo que se cuestiona en realidad es la culpabilidad. [L]a sincronía de la aparición de la lesión y la intervención anestésica ... permite razonablemente descartar eventualidades extrañas derivadas de enfermedad latente que no se concreta. [E]l origen en una lesión traumática no se corresponde tampoco con lo relatado en juicio por quienes intervinieron en forma directa. El origen de la axonotmesis hay que relacionarlo o bien con la toxicidad de la anestesia, que sigue siendo el parecer del anestesista demandado ... aunque el producto elegido es el adecuado y nadie lo discute, o bien por la punción, por más que se empleara la aguja indiscutidamente más adecuada y se efectuara la punción en la posición correcta de la paciente. [L]a demandante vinculó expresamente el pinchazo con la experimentación de ‘un dolor horroroso hacia el pie izquierdo’. Y el demandado reconoció la reacción de dolor de la demandante en el momento del pinchazo, pero añadió que ello es frecuente, que paró y que tras ver que no había problema, continuó”. La Audiencia aplicó la doctrina del daño desproporcionado, una tal en cuya virtud la producción de un resultado desproporcionado

y más grave al que suele resultar del tipo de intervención de que se trate invierte la carga de la prueba de la culpa o negligencia. Pero el Tribunal Supremo fue más drástico: “tampoco hay realmente un daño desproporcionado ... pese a lo que dice la sentencia [de la Audiencia], sino imputación directa del daño al anestesista que produjo una lesión en la raíces nerviosas que no aparecieron espontáneamente, sino tras la punción anestésica en lugar inadecuado” (F.j. 2º).

7. En el caso resuelto por la **STS, 1ª, 931/2001, de 17 de octubre, MP: Jesús Corbal Fernández**, un joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego al cruzar un desfiladero de especial dificultad, el “Paso del Embudo” en el término municipal de Murillo (Zaragoza), cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto. Poco después, el padre de la víctima demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales posteriormente archivadas. En el pleito civil, las sentencias de las instancias desestimaron la demanda. Igual suerte corrió el demandante en casación. Se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima o, en su caso, de concreción de los riesgos asumidos por la propia víctima.
8. En la **STS, 1ª, 678/2019, de 17 de diciembre, MP: José Luis Seoane Spiegelberg**, el TS tuvo que resolver si actúa negligentemente el socorrista que, encontrándose en su lugar de trabajo, no advierte que hay un bañista ahogado en el fondo de la piscina.

El Tribunal Supremo parte de los siguientes hechos:

“1. Entre las 19 y 20 horas del día 25 de julio de 2010 [un domingo], el menor, de seis años de edad, (...) se encontraba en la compañía de su hermano, de siete años, su madre y otras personas allegadas, en [una urbanización] de la ciudad de Alicante, haciendo uso de la piscina.

[La socorrista se encontraba en el lugar de trabajo, dando una vuelta por los alrededores de la piletas destinada a piscina. Añade la Audiencia Provincial (AP) que la piscina estaba concurrida de bañistas. Según la declaración de la socorrista en el acto del juicio, habría unas 50 personas en la piscina y un centenar en el recinto, según lo manifestado por la socorrista y la aseguradora de la empresa de socorrismo demandada en la contestación a la demanda].

2.- Mientras la madre se encontraba temporalmente ausente del lugar, al haber subido a una de las viviendas de la urbanización, el niño quedó bajo el cuidado de la pareja de aquélla.

[También tiene en cuenta el Tribunal Supremo que la Audiencia declara que “la introducción del [niño] en la piscina de adultos no debió alertar a la socorrista porque, según las pruebas practicadas, estaba con el padre de la pareja de la madre o próximo a él].

3.- Torcuato se hundió en el agua, siendo alertada la socorrista, por un vecino que se encontraba asomado a la ventana, ante lo cual, de forma inmediata, se lanzó al agua, rescatando al niño, con la ayuda del padre de la pareja de la progenitora del menor, comenzando las operaciones de reanimación (...) Posteriormente, se personaron en el lugar dos miembros de una unidad de SAMU, que trasladaron al niño al Hospital, donde

ingresó con parada respiratoria, certificando la muerte a las 21.25 horas del mismo día de los hechos.

4.- La sumersión del niño en el agua se produjo sin aspavientos ni gritos de socorro. Es posible que hubiera sufrido un desvanecimiento, al entrar en contacto con el agua, y que, en plena inconsciencia, se hubiera hundido al fondo de la piscina, sin que los bañistas se dieran cuenta inicialmente de tal circunstancia".

La posibilidad del desvanecimiento al entrar en contacto con el agua está expresamente reconocida en el informe de autopsia, dados los signos que presentaba el cadáver (restos de comida no digerida en el estómago, poca agua en las vías respiratorias y en el aparato digestivo, y los pulmones no habían aumentado mucho de tamaño).

La socorrista reconoce, en su declaración en el acto del juicio, que desde el borde la piscina donde se encontraba no era visible el fondo, por la forma de playa que tenía el fondo de la piscina, lo que significa que el acceso a la misma no tiene prácticamente ninguna profundidad y esta se va ganando progresivamente.



Fotografía publicada en la SAP Alicante 140/2017, 20.1.2017, Voto particular, extraída del documento número 10 de la demanda

Los abuelos de la víctima, quienes tenían concedido el régimen de acogimiento familiar simple sobre su nieto en el momento de los hechos, demandaron a la comunidad de propietarios, propietaria de la piscina (arts. 1902 y 1903 CC), y su aseguradora (art. 76 Ley de Contrato de Seguro); a la empresa Euroswim Europa, S.L. con la que aquella tenía contratado el servicio de socorrismo (art. 1903 CC), y su aseguradora (art. 76 Ley de Contrato de Seguro); y, por último, a la socorrista, trabajadora de Euroswim, la única

socorrista que tenía encomendada la vigilancia de la piscina. Reclamaron que se condenara solidariamente a los anteriores sujetos al pago de una indemnización de 50.000 euros por el fallecimiento de su nieto.

Respecto a la socorrista, la parte demandante alegó que debía responder en virtud del artículo 1902 CC al no haber actuado con la diligencia exigible para evitar el ahogamiento del menor mientras estaba prestando el servicio:

“Actuó con falta de diligencia, lo que supuso que no se percata de lo que estaba ocurriendo hasta que otros bañistas sacaron al menor del fondo de la piscina (...) evidentemente de haber tenido contacto visual al [sic; con el] menor (...) hubiera sido la primera persona en intervenir (...) pudiendo haber sacado al menor del fondo de la piscina con un resultado probablemente diferente del que aconteció”.

La SJPI desestimó la demanda y en lo que respecta a la actuación de la socorrista, consideró que, en atención a las circunstancias en las que se produjo el ahogamiento, no se apreciaba negligencia en la conducta de la socorrista.

La SAP desestimó el recurso de apelación de la parte demandante: “no puede exigirse al socorrista que mantenga un contacto visual permanente de la conducta de todos los bañistas, sino que “trata de observar con carácter general las conductas anómalas y perceptibles visualmente del conjunto de los bañistas””.

El voto particular de uno de los Magistrados de la Audiencia provincial consideró que existían hechos probados suficientes para fundamentar la responsabilidad civil de la socorrista ex art. 1902 CC, de su empleadora ex art. 1903 CC y de la aseguradora de esta, y la estimación íntegra de la demanda.

La negligencia de la socorrista y de la empleadora, que fundamentaría la responsabilidad extracontractual, consistiría en la insuficiencia o deficiencia de las medidas de vigilancia adoptadas, que ignoraban por completo las situaciones de inmersión silenciosa. Se prestó el servicio de socorrismo sin vigilancia del fondo del vaso, pues la propia socorrista reconoció que no podía ver el fondo de la piscina desde la orilla, y por lo tanto no se adoptó precaución alguna hacia las situaciones de ahogamiento silencioso o por inhibición. El Magistrado reconoce que no es su función determinar cómo se ha de organizar un servicio profesional de socorrismo, pero señala que es notorio que el socorrista que ocupa una posición elevada tiene un mejor control del fondo de la piscina.

El TS desestimó el recurso de casación de la parte demandante, basado exclusivamente en la negligencia de la socorrista y en la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa de socorrismo: antes del suceso, el menor estaba acompañado por un adulto y no hay prueba de que existiera una situación anómala o de peligro que debiera alertarla, porque el ahogamiento se produjo de forma silenciosa.

“La actividad de la demandada, como socorrista, no se presta bajo un régimen de responsabilidad objetiva, de manera tal que deba hacerse cargo de todos los daños generados en el círculo espacio-temporal en el que desempeña sus servicios. La jurisprudencia no ha declarado, como tampoco podía hacerlo, que los socorristas deban responder de todos los eventos dañosos que se produzcan en el ejercicio de sus funciones.

Es preciso, para ello, que quepa hacerles un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponde a quien demanda (...)

La STS 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983), con cita de reiterada jurisprudencia, nos enseña al respecto que: (...) "La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado "reproche culpabilístico"" (...)

La STS 612/2007, de 6 de junio (RJ 2007, 3422), señala que:

"(...) para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina "es preciso o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente (STS de 14 de junio de 1984 (RJ 1984, 3242)) o que no exista personal adecuado de vigilancia (STS de 23 de noviembre de 1982) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (STS de 10 de abril de 1988 (RJ 1988, 3116)) o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina (STS de 23 de febrero de 1995) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico" (STS 2-9-97 (RJ 1997, 6378) (...) cuya doctrina se reproduce por la STS 14-11-02 (RJ 2002, 9761)".

Ninguna de estas circunstancias concurre".

3. Circunstancias personales del demandado

3.1. Edad y estado de salud

A la hora de determinar los niveles de precaución debidos o estándares de diligencia a cumplir por el causante de los daños, jueces y tribunales toman en consideración las circunstancias personales de aquél.

En cuanto a la edad, el criterio comúnmente adoptado por la mejor doctrina es que los niños de muy corta edad (los menores de 7 años aproximadamente) son inimputables -por ellos responden sus padres o guardadores ex art. 1903 CC-; es más, si el menor carece de capacidad natural -un niño de tres años de edad, por ejemplo-, no hay acción, no hay agencia social. Si el menor tiene capacidad natural -y patrimonio con el que responder-, entonces puede efectivamente ser condenado a indemnizar por los daños causados. Más, en el derecho positivo, la cuestión solo ha sido regulada por el Código Penal, arts. 19, 118.1 y 120.1 CP y 3 y 61 y ss. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En particular, la LO 5/2000 considera penal y civilmente responsables a los menores de edad desde que cumplen los catorce años (arts. 1.1 y 61.3 LO 5/2000). Además, la doctrina mayoritaria admite la aplicabilidad del art. 1902 CC al menor civilmente imputable [Esther GÓMEZ CALLE (2006), "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 461-538, 480]. El derecho comparado de países próximos a

nuestra cultura ofrece soluciones similares, pero discrepantes en el detalle de la regulación propuesta.

La jurisprudencia de la Sala 1^a del TS tiende a juzgar la conducta de los menores con edades comprendidas entre 7 y 15 años en términos de negligencia, pero el estándar de diligencia exigible es más leve que el de los adultos. Hay que tener en cuenta también que, si bien los tribunales tienden a excusar travesuras y avatares de los juegos propios de la infancia, no hacen lo mismo con la conducta claramente despectiva de peligros que todo niño de su edad debería prever, y tampoco la conducta antijurídica: los terceros no tienen por qué anticipar y prevenir el daño conexo a un acto voluntario, arriesgado y a veces incluso ilícito cometido en vísperas de la pubertad (Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, "Niños y adolescentes", *InDret* 1/2000, pp. 7 y ss.)

STS, 1^a, 205/2002, de 8 de marzo, MP: Jesús Corbal Fernández.

Patricia G.N., de 16 años, perdió la visión casi total del ojo derecho al sufrir un balonazo en la cara, lanzado por Mariano M.Q., de 17 años, que jugaba al fútbol con unos amigos, mientras estaba sentada en un banco del jardín municipal del Paseo de la Playa de Alcalá de los Gazules (Cádiz).

Georgina N.M., en nombre de su hija Patricia G.N., demandó a Mariano M.Q., a sus padres (Eusebio M.S. y Dulce Nombre Q.Z.) y al Ayuntamiento de Alcalá de los Gazules y solicitó una indemnización de 90.151,81 euros.

El JPI nº 3 de Chiclana de la Frontera (29.12.1995) desestimó la demanda. La AP de Cádiz (Sección 5^a, 10.7.1996) estimó parcialmente el recurso de casación y condenó a Mariano M.Q. y a sus padres a satisfacer a la actora una indemnización de 60.101,21 euros.

El TS desestimó el recurso de casación y confirmó la SAP. No es necesario acudir a criterios de responsabilidad por riesgo para fundamentar la responsabilidad del menor. Basta analizar la imputación subjetiva del daño: la edad (17 años, 7 meses y 22 días) y los factores psicológicos del menor indican que podía haber previsto que jugando con un balón de cuero ligeramente deshinchado en un lugar inidóneo se podían causar daños a terceros ajenos al juego. La responsabilidad de los padres tiene su fundamento en la presunción de culpa contenida en el art. 1903 CC.

3.2. Responsabilidad civil de incapaces y menores en derecho español

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021), adapta el ordenamiento jurídico español a la Convención internacional sobre los derechos de la personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La reforma del CC supone un cambio de paradigma en el tratamiento de las personas con discapacidad, que parte ahora del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. La

nueva regulación tiene como idea central la de apoyo de la persona que lo precise, apoyo que se concreta en diversas medidas [las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, el defensor judicial, y la curatela] que, en todo caso, han de ser proporcionales a las circunstancias de cada persona.

Se eliminan para el ámbito de la discapacidad la tutela, así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

El núcleo de la reforma afecta al libro I del CC (De las personas), pero también a múltiples normas del CC en materia de derecho de familia, sucesiones, contratos y responsabilidad civil.

En cuanto a las reglas de responsabilidad civil, la Ley 8/2021 introduce una regla de responsabilidad por hecho propio de las personas con discapacidad (art. 299 CC) y modifica el artículo 1903, párrafos segundo y tercero CC, así como los artículos 118.1.1 y 120.1 CP.

El preámbulo de la Ley 8/2021 explica que “la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de la responsabilidad, lo que ha conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno [véase el capítulo 10 de libro]. Para mantener la coherencia del sistema, la reforma hace también necesaria la modificación de dos preceptos del Código Penal en materia de responsabilidad civil derivada de ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo [artículos 118.1.1 y 120.1 CP] (...) Se aprovecha la reforma para corregir el error que implicaba la referencia a los imputables [artículo 118.1.1 CP] (...)”.

Código Civil

Artículo 299:

“La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del libro cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 118.1.1:

1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1. En los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

Artículo 120. Responsables civiles subsidiarios

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. (...)

STS, 2ª, 619/2005, de 11 de mayo, MP: Carlos Granados Pérez.

El 8.7.2002 en Medina de Pomar (Burgos), sobre las 17:30 horas, Rodrigo, nacido el 31.7.1983 (19 años), con una dotación intelectual inferior al promedio (entre la normalidad y el retraso mental leve) y educado en un contexto familiar desestructurado (abandono de la madre a los cuatro años de edad, padre alcohólico), tras comprar en una tienda un cuchillo de unos 11 cms. de hoja, entró en la Óptica Medina Centro, sita en la misma calle que el primer establecimiento. Esperó a que la dependienta, Soledad, atendiese a otro cliente y, cuando se encontraban solos en la óptica, le solicitó que le graduase la vista, Rodrigo y Soledad entraron al gabinete habilitado al efecto y, después de realizada tal operación, Soledad se levantó para llenar el correspondiente impreso, mientras el joven permanecía sentado. Rodrigo, entonces, clavó el cuchillo que portaba consigo en la zona abdominal de Soledad, causándole graves lesiones que tardaron 235 días en sanar y secuelas consistentes en cicatriz que loidea de 17 cms. de longitud y 1 cm. de anchura en la línea media abdominal, cicatriz de 2 cms. en hipocondrio izquierdo y síndrome de estrés postraumático. El día en que ocurrieron los hechos Rodrigo había obtenido una autorización de salida de la Residencia en la que se encontraba ingresado (Residencia Los Robles de Villasante de Montija). No consta que el titular de dicha residencia, Hogadema, S.A. (que tenía contratado el seguro de responsabilidad civil con Mapfre Industrial, S.A.), hubiera adoptado medida alguna para evitar los hechos.

La SAP Burgos, Secc. 1ª, 7.5.2004, condenó al acusado Rodrigo como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a la víctima a una distancia inferior de 200 metros y de comunicarse en cualquier forma con ella durante cinco años. También condenó a Rodrigo a indemnizar a Soledad con 30.680 € por lesiones y con 20.000 euros por secuelas. De dichas cantidades habría de responder directamente Mapfre Industrial, S.A., en solidaridad con Hogadema, S.A.

La STS, 2ª, 11.5.2005, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por Hogadema, S.A. de manera que redujo la responsabilidad civil de esta entidad de solidaria a subsidiaria, ya que el TS consideró aplicable el art. 120.1 CP "al Organismo que tenía bajo su guarda y tutela a quien cometió un hecho delictivo por concurrir un cierto nivel de negligencia que guarda con el delito cometido una relación de causa/efecto". Y añadió que "en la sentencia de esta Sala 1527/2001, de 21 de julio, se declara que un requisito esencial de la responsabilidad civil subsidiaria es la existencia de una relación de causalidad -a la que se refiere claramente la expresión legal «siempre que haya mediado»- entre la culpa o negligencia de quienes tengan al exento de responsabilidad criminal -total o parcialmente- bajo su potestad o guarda y la comisión por aquél de un hecho punible (...); exclusión [de la responsabilidad del centro psiquiátrico] que no puede afirmarse en el presente caso (...) ya que no se produjo una cesión temporal de la guarda de hecho a favor de la familia o de tercera persona a quien le incumbe la responsabilidad civil subsidiaria derivada de la actuación de Rodrigo, sino que se mantuvo la

guarda de hecho por parte de Hogadema, S.A. durante las salidas autorizadas por su Dirección” (FD 2º).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores

Artículo 1. Declaración general

1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales (...)

Artículo 3. Régimen de los menores de catorce años.

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (...)

Artículo 5. Bases de la responsabilidad de los menores.

1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurre en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal (...)

**Título VIII
De la responsabilidad civil**

Artículo 61. Reglas generales

(...)

3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

3.3. Material complementario: edad, salud y responsabilidad civil en el derecho comparado

Common Law

Restatement (Third) of Torts:

§ 10 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010): Children

- (a) A child's conduct is negligent if it does not conform to that of a reasonable person of the same age, intelligence, and experience, except as provided by section (b) or (c).
- (b) A child less than five years of age is incapable of negligence.
- (c) The special rule in Subsection (a) does not apply when the child is engaging in a dangerous activity that is characteristically undertaken by adults.

§ 11 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010): Disability

- (a) The conduct of an actor with a physical disability is negligent only if the conduct does not conform to that of a reasonable careful person with the same disability.
- (b) The conduct of an actor during a period of sudden incapacitation or loss of consciousness resulting from physical illness is negligent only if the sudden incapacitation or loss of consciousness was reasonably foreseeable for the actor.
- (c) An actor's mental or emotional disability is not considered in determining whether conduct is negligent, unless the actor is a child.

Dos buenas discusiones de los criterios resumidos por el *Restatement* pueden consultarse en: *Daniels v. Evans* [224 A.2d 63 (N.H. 1966)] y en *Purtle v. Shelton* [474 S.W.2d 123 (Ark. 1971)]

Civil Law: Francia y Alemania

Francia: Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

Article 3

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.

Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi.

Alemania: Código Civil alemán [Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)]

§ 828 Minderjährige

(1) Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.

(2) Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebefähre einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.

(3) Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern Seine Verantwortlichkeit nicht nach Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.

4. Riqueza del demandado

¿Deben de tenerse en cuenta los medios materiales de que dispone el demandado -su riqueza- como una circunstancia relevante para estimar la cuantía del fallo condenatorio a pagar una cantidad de dinero al demandante? La respuesta es claramente negativa para quienes sostienen que el derecho de la responsabilidad civil, el derecho de daños, tiene una función exclusiva o predominantemente compensatoria: el demandado habrá de pagar una indemnización equivalente a una estimación razonable de todos los daños causados con absoluta independencia de si era más o menos rico o más o menos que el demandante.

Para quienes sostienen que el derecho de daños tiene una función preventiva, y específicamente que ha de prevenir daños de forma eficiente, la respuesta es más compleja pues los daños se pueden prevenir sea ya haciendo pagar un precio a quién los causa- un precio que internalice todos los costes que genere su actividad- sea imponiendo una sanción con el mismo objeto. Entonces si nos deslizamos desde una concepción de un derecho de daños como un sistema de precios ocultos a otra que lo acerca al derecho sancionador resultará mucho más fácil defender una concepción en virtud de la cual el importe de la sanción haya de ajustarse a la riqueza y renta del demandado.

Para una discusión sobre las diferencias entre precios y sanciones véase el Capítulo 1 de Robert D. COOTER & Ariel PORAT, *Getting Incentives Rights: Improving torts, Contract and Restitution*, 2014; para una concepción del derecho de daños ajena al concepto de sanción véase Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 CC", en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993 -y para las concepciones dominantes que tienden a construir la responsabilidad civil a partir de la idea de que los supuestos de responsabilidad incluyen la antijuridicidad de la conducta del demandado, salvo en los casos de responsabilidad objetiva, véase la detallada y fecunda discusión que se encuentra en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014. En la práctica jurisprudencial española el lector habituado de sentencias de las audiencias y del Tribunal Supremo sabe bien que los tribunales tienden a cargar la mano si los magistrados que los componen tienen la convicción razonable de que el causante de daños y demandado actuó dolosamente y disponía de ingentes medios materiales para decidir cursos de conducta alternativos. Es más, en ocasiones unos y otros no solo atienden a la riqueza actual del demandado sino a su riqueza potencial. Esto es, son mucho más estrictos con quienes actúan con ánimo de lucro que con quienes lo hacen gratuitamente.

La pregunta sobre la influencia que pudiera tener el capital del demandado físico y financiero sobre su responsabilidad civil puede desplazarse a su capital humano, a sus conocimientos especiales o, incluso, a su nivel educativo y cultural, a su posición social, étnica o similar. Al respecto, nadie duda hoy que los profesionales han de actuar de acuerdo con la *lex artis* de su profesión u oficio. Sin embargo, nunca hay que olvidar que fácilmente el derecho (y no solo el derecho de la responsabilidad civil) puede deslizarse desde el derecho de los actos y omisiones al derecho de actor, al derecho de autor (*Tat- und Täterstrafrecht*: el civilista defiere gustoso a la mejor opinión del penalista).

Denver & Rio Grande R.R. v. Peterson [69 P. 578 (Colo. 1902)] es un caso de referencia que recoge, formula, muy precisamente la tesis compensatoria tradicional:

"CAMPBELL, C.J. The care required of a warehouseman is the same, whether he is rich or poor. For, if the fact that he is rich requires of him greater care than if he possessed only moderate means or is poor, then, if he were extremely poor, the care required might be such as practically to amount to nothing; and no one would claim that such an uncertain and sliding rule should be the measure of his liability..."

Como muestra el deslizamiento desde la riqueza actual a la potencial que pone bien de manifiesto la tesis que exige tomar en consideración el ánimo de lucro como circunstancia agravante de responsabilidad, una cuestión derivada es el hecho que la riqueza tiene muchas caras: los jóvenes son biológicamente más ricos que los adultos y que los viejos; los muy inteligentes, más que los normales, des del punto de vista intelectual; los bien parecidos, mucho más atractivos que los no agraciados; los muy cultos, más que los menos; y los experimentados y peritos, más que los inexpertos. Y es que al final, el dinero es unidad de cuenta. Es decir, la riqueza en sentido amplio evalúa muchas cualidades del demandado y esto nos permite pasar a las circunstancias especiales siguientes.

5. Conocimientos especiales y habilidades particulares del demandado

Como hemos apuntado en el epígrafe anterior, el punto de partida en la responsabilidad profesional es que el demandado responde por el incumplimiento del cuerpo de reglas propias de su profesión, arte u oficio: la *lex artis*. ¿Pero responden más intensamente los mejores, en cada profesión, oficio o práctica o lo hacen de acuerdo con las reglas generales del arte, con la media de su profesión? ¿Está penalizado ser uno de los mejores? La respuesta suele ser que quien dispone de conocimientos especiales ha de actuar desde luego de acuerdo con las reglas propias del cuerpo de conocimientos correspondientes, es decir, más prudentemente que el lego. En cambio, dentro de la profesión u oficio, la respuesta es que la pericia extraordinaria del demandado es una de las circunstancias de que delimitan sus deberes de cuidado, pero no la única de ellas. En todo caso, quien carece de las habilidades propias de un especialista, no ya porque sea lego, sino porque, siendo profesional, dispone solo de los conocimientos generales de su oficio, ha de abstenerse de ejercer una especialidad para cuyo ejercicio no está preparado suficientemente.

§ 12 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010):

"If an actor has skills or knowledge that exceed those possessed by most others, these skills or knowledge are circumstances to be taken into account in determining whether the actor has behaved as a reasonably careful person."

- When the actor is one of a limited number of parties that engage in an activity that poses distinctive and significant dangers [electric-power company].
- When the actor that possesses an above-average knowledge has a pre-existing relationship with the other party. [STS, 1^a, 836/2004, de 22 de julio]
- Substandard judgment is usually ignored. Learners and beginners.
- Intoxication. The foreseeability test: voluntary intoxication is ignored. Iced tea spiked with liquor.

En tal sentido, puede verse la **STS, 1^a, 679/2010, de 10 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, ya tratada *supra* (véase epígrafe 3.1): "Faltaron en el caso los conocimientos médicos necesarios para hacer posible el diagnóstico que hubiera prevenido o evitado la obstrucción completa de la arteria carótida a partir de una previa sintomatología neurológica que no fue detectada por el médico de guardia, como "sin duda" lo habría hecho el perito, lo que a la postre no viene sino a indicar que cualquier otro médico con una base mínima de conocimientos para estos supuestos o supliendo sus carencias mediante un consejo médico complementario, habría detectado de inmediato la razón de su ingreso y le hubiera

proporcionado con la urgencia y diligencia necesaria todos los medios curativos de que disponía" (FD. 2º).

6. Circunstancias personales de la víctima

¿Debe el demandado atender a las circunstancias personales de la víctima que la sitúan en una posición de extrema vulnerabilidad y que, a menudo, no son aparentes? La respuesta es afirmativa en todos aquellos casos o circunstancias en los cuales el demandado habría de contar con la posible presencia de víctimas potenciales especialmente frágiles, por ejemplo, en las calles y plazas de la ciudad, en general, en los escenarios habituales de la vida cotidiana. La razón es sencilla de entender: si para medir la intensidad del deber de precaución no se tuviera en cuenta al 5% o al 10% o al 15% de población más frágil, los incentivos para comportarse adecuadamente serían subóptimos.

En cambio, en espacios o, en general, en ocasiones en las cuales el demandado puede contar con que aquellas personas con las cuales va a interactuar son homogéneamente sanas y fuertes, sus deberes de precaución no incluirán la consideración hacia aquellas que precisen de una protección especial salvo que su indefensión resulte aparente a ojos de un observador razonable. El ejemplo clásico es la práctica de un deporte de equipo y de contacto en un espacio cerrado, un estadio o un campo de deporte.

Los casos de la ley suelen seguir esta línea de razonamientos. Es la denominada *egg-shell skull doctrine*: (HENDERSON, PEARSON, KYSAR & SICILIANO, *The Torts Process*, chapter 4, 8th ed., 2012).

"One rule of the tort law (...) is that the defendant takes his victim as he finds him. In *Smith v. Brain Leech & Co. Ltd* (1962) 2 Q.B. 405, plaintiff's deceased was burned on his lip by splashing molten metal because defendant negligently failed to provide an adequate guard. Because of prior exposures of another kind in the past, deceased had (according to the court) developed a tendency toward cancer. In any event, the burned lip did develop a cancer from which he died. The court acknowledged that death by cancer was unforeseeable..." (EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 9th ed., 2008, p. 542).

Esther Gómez Calle (2015), "Víctimas vulnerables y Derecho de daños", ADC, pp. 1197-1309.

7. Situaciones de peligro que requieren acción inmediata: *Sudden Emergency doctrine*

Una emergencia es, dice el DRAE, una "situación de peligro que requiere una acción inmediata" (3^a acepción) y la pregunta es si, ante una emergencia, los deberes de precaución son menos intensos que ante una situación de riesgo normalmente esperable. La respuesta clásica es que la emergencia se tiene en cuenta como una de las circunstancias que modulan los deberes de cuidado, pero que, probablemente, no hay necesidad de construir una doctrina específica en la cual quepa encasillar multitud de acontecimientos inesperados, pero muy heterogéneos entre sí.

¿Qué consecuencias tendría para esta doctrina la aceptación de la tesis en virtud de la cual hay que distinguir entre lapsos de conducta excusables -errar es humano- o lapsos inexcusables? Indicación: en el entorno de sistemas complejos cualquier ingeniero sabe que los dispositivos de seguridad han de ser redundantes, es decir, que han de incluir la previsión del fallo humano. Esta consideración que ha sido siempre obvia en aeronaves lo es crecientemente en infraestructuras y estructuras ferroviarias y está empezando a serlo en automóviles. Una discusión tradicional sobre la relevancia o irrelevancia de una circunstancia repentinamente imprevista la encontrará el lector en el caso siguiente. Pero antes y para complicar la vida del lector, conviene recordarle que todo accidente es inoportuno.

Lyons v. Midnight Sun Transportation Services, Inc. [928 P.2d 1202 (Alaska 1996)]
[\(<http://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1996/s-7093-1.html>\)](http://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1996/s-7093-1.html)

§ 9 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010):

"If an actor is confronted with an unexpected emergency requiring rapid response, this is a circumstance to be taken into account in determining whether the actor's resulting conduct is that of the reasonable careful person".

- This section addresses the situation in which an actor faces two or more choices of conduct, each of which entails its own combination of advantages and disadvantages. In an emergency, the fact of the emergency itself may mean that the response is instinctive rather than deliberative; at the least, it indicates that the opportunities for deliberation have been limited by severe time pressures.
- The emergency can be created by the conduct of another person, or without human action (failure of the brakes).
- Emergency. The kind of event that prevents reasonable people from exercising the kind of good judgment that such people ordinarily exercise.
- Prior negligence of the defendant. A number of courts adopt the rule that the emergency doctrine does not apply when the emergency is due to the defendant's prior negligence, but not all.

8. Negligencia grave.

A lo largo y lo ancho del derecho (no solo civil) español se distingue entre (simple) negligencia y negligencia grave, o actuación del causante (o responsable de la causación) del daño con conocimiento del riesgo de daño generado por la conducta imprudente y absoluta desconsideración de sus consecuencias. La culpa grave se caracteriza precisamente por tal indiferencia ante un resultado muy probablemente dañino o muy grave, sobre todo cuando la evitación de su producción sería muy poco costosa, nada o poco gravosa para el dañador. Típicamente, el demandado conoce el riesgo, intencionadamente lo desconsidera, y conoce los hechos que convierten a tal riesgo en obvio. A lo largo de este e-libro, veremos muchos

supuestos de responsabilidad por negligencia grave en Leyes que eximen de responsabilidad a quien actúa o deja de hacerlo por (simple) negligencia. También veremos que los tribunales utilizan el concepto de “negligencia grave” con criterios muy ceñidos a las circunstancia de cada caso y con el objeto de llegar a soluciones de justicia material.

La negligencia grave actúa así como un concepto válvula entre el dolo, la causación de daños, y la negligencia (simple), causación imprudente pero no intencional. La base de la categoría de la negligencia grave ha sido discutida: Geoffrey Christopher RAPP, *The Wreckage of Recklessness*, 68 *Washington University Law Review*, 111, 120 (2008). En derecho, la discusión sobre los grados de la culpa es milenaria: Bartolo de Sassoferato (1313-1357) distinguía entre culpa latíssima, latior, lata, leve y levíssima. Comentario a la Lex Quod Nerva (D. 16, 3, 32) (Ulrico AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferato alla Lex Quod Nerva (D. 16, 3,32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2004). Para una búsqueda del grado de relevancia legal del concepto de “culpa grave”, los lectores pueden escribir en Google “culpa grave BOE”. Culpa lata dolo aequiparatur...

Una de las preguntas fundamentales que plantea la responsabilidad civil médica durante la pandemia por el COVID-19 es si en una situación de extrema urgencia y gravedad, y de limitación de recursos asistenciales, son exigibles a los profesionales sanitarios deberes de precaución menos intensos que en condiciones normales. La respuesta clásica en derecho de daños es que, con carácter general, la emergencia es una de las circunstancias que modulan los deberes de cuidado, aunque no se haya construido una doctrina específica (véase el apartado 7 anterior), y en el ámbito concreto de la asistencia sanitaria, el estándar de diligencia exigible es el de la lex artis ad hoc, esto es, ha de considerar el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que ésta se desarrolla. Ello llevaría a considerar que la obligación de indemnizar los daños a cargo de los profesionales sanitarios o de la Administración sanitaria por actuaciones de su personal debería reservarse a los casos de negligencias graves, esto es, cuando se han infringido los deberes de cuidado más básicos o elementales. Una regla de exoneración similar está recogida en el artículo 14 de los Principles for the Covid-19 Crisis, del European Law Institute:

Principle 14 Exemption from liability for simple negligence:

- “(1) Given the urgent and dramatic circumstances in which doctors, healthcare professionals, and other providers in the medical sector have to provide services, States should ensure that these professionals are not held liable for adverse events related to the COVID-19, except in the case of at least gross negligence.
- “(2) The same applies with respect to other professionals and holders of public offices who had to take quick and difficult decisions directly related to the COVID-19 crisis.
- “(3) These exemptions from liability do not apply to the liability of the State, which remains liable pursuant to the existing specific regime of liability”.

En parecido orden de ideas, pero en derecho penal, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal incluye unos nuevos artículos 142 y 152 que distinguen entre imprudencia grave e imprudencia menos grave. Un análisis quietista de la reforma puede verse en [Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala coordinador de seguridad vial. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave de los arts. 142 y 152 CP y su incidencia en la actuación especializada del MF para una efectiva protección penal de la seguridad vial. Fiscalía General del Estado.](#)

Capítulo 4

Negligencia (II): Estimación del riesgo

1. El cálculo del riesgo como presupuesto de la negligencia.....	93
1.1. <i>Eckert v. Long Island R.R. [43 N.Y. 502 (1871)]</i>	93
1.2. STS, 1 ^a , 1186/2004, de 10 de diciembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.	95
2. El concepto económico de negligencia: <i>United States v. Carroll Towing Co. [159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)]</i>	96
3. Críticas al concepto económico de negligencia.....	98
4. Criterios de integración del deber de diligencia y, en particular, la costumbre (Custom).....	106
4.1. Los distintos criterios de integración del deber de diligencia.....	106
4.2. En particular, la costumbre	107
4.3. El caso Alvia.....	109
5. Pablo Salvador Coderch/Antonio Fernández Crende, "Instrumentos de control social y derecho de daños", <i>InDret 4/2004</i> (www.indret.com), pp. 10-12	114

1. El cálculo del riesgo como presupuesto de la negligencia.

En la cultura jurídica contemporánea la tesis de que, a la hora de valorar la negligencia, hay que tener en cuenta los costes y los beneficios sociales de la actividad peligrosa que realiza el demandado, se asocia con el análisis económico del derecho y es criticada por muchos. Sin embargo, aunque la antigüedad y la tradición no son el único título legitimador de una doctrina, la idea de que en un mundo finito, con recursos limitados, la precaución que hay que aplicar, dadas las circunstancias, a la realización de una actividad (lícita, socialmente más beneficia que perjudicial, pero también peligrosa) no es infinita es muy vieja:

1.1. *Eckert v. Long Island R.R. [43 N.Y. 502 (1871)]*

"(...) The case, as made by the plaintiff, was that the deceased received an injury from a locomotive engine of the defendant, which resulted in his death, on the 26th day of November, 1867, under the following circumstances:

He was standing in the afternoon of the day named, in conversation with another person about fifty feet from the defendant's track in East New York, as a train of cars was coming in from Jamaica at a rate of speed estimated by the plaintiff's witnesses of from twelve to twenty miles an hour. The plaintiff's witnesses heard no signal either, from the whistle or the bell upon the engine. The claim of the plaintiff was that the evidence authorized the jury to find that the speed of the train was improper and negligent in that particular place, it being a thickly populated neighborhood and one of the stations of the road.

The evidence on the part of the plaintiff also showed that a child three or four years old was sitting or standing upon the track of the defendant's road as the train of cars approached and was liable to be run over, if not removed; and the deceased, seeing the danger of the child, ran to it, and, seizing it, threw it clear of the track on the side opposite to that from which he came, but,

continuing across the track himself, was struck by the step or some part of the locomotive or tender, thrown down, and received injuries from which he died the same night.

The evidence on the part of the defendant tended to prove that the cars were being run at a very moderate speed, not over seven or eight miles an hour, that the signals required by law were given, and that the child was not on the track over which the cars were passing, but on a side track near the main track.

So far as there was any conflict of evidence or question of fact, the questions were submitted to the jury. The jury found a verdict for the plaintiff and the judgment entered thereon was affirmed, on appeal, by the Supreme Court and from the latter judgment the defendant has appealed to this court.

GROVER, J. The important question in this case arises upon the exception taken by the defendant's counsel to the denial of his motion for a nonsuit, made upon the ground that the negligence of the plaintiff's intestate contributed to the injury that caused his death. The evidence showed that the train was approaching in plain view of the deceased, and had he for his own purposes attempted to cross the track, or with a view to save property placed himself voluntarily in a position where he might have received an injury from a collision with the train, his conduct would have been grossly negligent, and no recovery could have been had for such injury. But the evidence further showed that there was a small child upon the track, who, if not rescued, must have been inevitably crushed by the rapidly approaching train. This the deceased saw, and he owed a duty of important obligation to this child to rescue it from its extreme peril, if he could do so without incurring great danger to himself. Negligence implies some act of commission or omission wrongful in itself. Under the circumstances in which the deceased was placed, it was not wrongful in him to make every effort in his power to rescue the child, compatible with a reasonable regard for his own safety. It was his duty to exercise his judgment as to whether he could probably save the child without serious injury to himself. If, from the appearances, he believed that he could, it was not negligence to make an attempt so to do, although believing that possibly he might fail and receive an injury himself. He had no time for deliberation. He must act instantly, if at all, as a moment's delay would have been fatal to the child. The law has so high a regard for human life that it will not impute negligence to an effort to preserve it, unless made under such circumstances as to constitute rashness in the judgment of prudent persons. For a person engaged in his ordinary affairs, or in the mere protection of property, knowingly and voluntarily to place himself in a position where he is liable to receive a serious injury, is negligence which will preclude a recovery for an injury so received; but when the exposure is for the purpose of saving life it is not wrongful, and therefore not negligent, unless such as to be regarded either rash or reckless. The jury was warranted in finding the deceased free from negligence under the rule as above stated. The motion for a nonsuit was therefore properly denied. That the jury was warranted in finding the defendant guilty of negligence in running the train in the manner it was running requires no discussion. None of the exceptions taken to the charge as given, or to the refusals to charge as requested, affect the right of recovery. Upon the principle above stated, the judgment appealed from must be affirmed, with costs.

CHURCH, C. J., and PECKHAM and RAPALLO, JJ., concur.

ALLEN, J., wrote a dissenting opinion, in which FOLGER, J., concurred.

“Judgment affirmed”.

Hay muchos modos de analizar normativamente un caso como el descrito: se puede arrancar considerando que los riesgos creados por cada parte no eran recíprocos, sino que el asociado con las ferrovías es extraordinario. A ello se puede responder que no resulta viable vallar todas las vías de un ferrocarril o que ello solo resulta exigible en entornos en los cuales el error humano sea previsible y así, sucesivamente. En la jurisprudencia española, la idea, expuesta en el viejo caso norteamericano, de que la precaución exigible al demandado ha de ser commensurable con el riesgo que él mismo ha generado aparece en muchas sentencias del Tribunal Supremo español, aunque casi nunca de forma central:

1.2. STS, 1ª, 1186/2004, de 10 de diciembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El 18.8.1990, José Manuel intentó socorrer a otra persona que se estaba ahogando en la playa de Cullera (Valencia) en una zona alejada de la de uso habitual de los bañistas, sin que existiera en las cercanías miembros del servicio de socorristas municipales y cuando el mar estaba picado. A pesar de que una zódiac de socorristas acudió a rescatarles, ambos fallecieron.

La viuda de José Manuel, en nombre propio y en el de su hijo, demandó al Ayuntamiento de Cullera y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 1 de Sueca estimó la demanda (2.7.1996) y condenó al Ayuntamiento al pago de 102.172 €, de los cuales 72.121,45 € para la actora y 30.050,60 € para su hijo. La AP de Valencia (Secc. 8ª, 4.5.1998) estimó el recurso de apelación, revocó la SJPI y absolió al Ayuntamiento.

El TS desestimó el recurso de casación al considerar que la actuación de la víctima fue negligente, pues no tuvo en consideración el mal estado del mar, y que, en cambio, la conducta del equipo de salvamento fue adecuada: “el hecho en cuestión no puede ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable –el Ayuntamiento de Cullera- ya que aparte de la actuación personal del fallecido creadora del riesgo por su comportamiento, que aunque impregnado de un sentimiento solidario de amistad y altruismo, no tuvo en cuenta el mal cariz que presentaba el mar, que en ese momento suponía un peligro serio”(FD 1º).

Obviando la posible responsabilidad de la persona a quien se intentó salvar -que la actora pretiere aferrándose a la tesis de la hipotética responsabilidad de una entidad solvente, el Ayuntamiento-, la cuestión radica en determinar si este o, más concretamente, los servicios municipales de vigilancia de playas y salvamento incumplieron, por omisión, el deber de interrumpir el curso causal anteriormente mencionado.

Puede pensarse que, dada la autopuesta en peligro -o, dicho de otro modo, la asunción del riesgo- por parte de los bañistas, la Administración no incumplió su deber de protección y salvamento, pues no tiene la obligación de prever todo tipo de accidentes ni de proveer servicios de salvamento de forma que se reduzca el número de accidentes hasta cero, incluyendo los gravemente negligentes.

En este sentido, según el TS, la actuación de los servicios de salvamento fue “lógica y correcta”, pues “no se puede exigir que haya una abundancia tal de socorristas que puedan actuar de inmediato”(FD 1º).

2. El concepto económico de negligencia: *United States v. Carroll Towing Co. [159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)]*

U.S. v. Carroll, resuelto en 1947, es el caso de derecho de daños más famoso del siglo XX quizás porque acuñó el concepto económico de negligencia en el céñit cultural de un sistema económico. Todavía hoy, es casi inconcebible un curso de responsabilidad civil impartido en cualquiera de las cincuenta facultades de derecho más prestigiosas según los rankings al uso que no mencione *U.S. v. Carroll*, aunque solo sea para tratar de superarlo. Como ha de ser:

“The incident out of which this admiralty case arose was the sinking of a barge, along with its cargo, allegedly because of the defendant’s negligence. A crucial issue in the case involved whether the person in charge of the barge, the bargee, was negligent in being ashore, away from the barge, during the period when it got into difficulties and sank. If the bargee’s absence was negligence, and if it contributed substantially to the loss of the barge, then the bargee’s employer, the owner of the barge, would not receive full recovery from the other parties whose negligence put the barge into difficulties in the first place.”

L. HAND, J.

It appears (...) that there is no general rule to determine when the absence of a bargee or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings. However, in any cases where he would be so liable for injuries to others obviously he must reduce his damages proportionately, if the injury is to his own barge. It becomes apparent why there can be no such general rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables:

1. The probability that she will break away;
2. The gravity of the resulting injury, if she does;
3. The burden of adequate precautions.

Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL. Applied to the situation at bar, the likelihood that a barge will break from its fasts and the damage it will do, vary with the place and time; for example, if a storm threatens, the danger is greater; so it is, if it is in a crowded harbor where moored barges are constantly being shifted about. On the other hand, the barge must not be the bargee’s prison, even though he lives aboard; he must go ashore at times. We need not say whether, even in such crowded waters as New York Harbor a bargee must be aboard at night at all; it may be that the custom is otherwise... and that, if so, the situation is one where custom

should control. We leave that question open; but we hold that it is not in all cases a sufficient answer to a bargee's absence without excuse, during working hours, that he has properly made fast his barge to a pier, when he leaves it. In the case at bar the bargee left at five o'clock in the afternoon of January 3rd, and the flotilla broke away at about two o'clock in the afternoon of the following day, twenty-one hours afterwards. The bargee had been away all the time, and we hold that his fabricated story was affirmative evidence that he had no excuse for his absence. At the locus in quo -especially during the short January days and in the full tide of war activity-barges were being constantly 'drilled' in and out. Certainly it was not beyond reasonable expectation that, with the inevitable haste and bustle, the work might not be done with adequate care. In such circumstances we hold -and it is all that we do hold- that it was a fair requirement that the Conners Company should have a bargee aboard (unless he had some excuse for his absence), during the working hours of daylight.

La aportación más novedosa e importante del Juez Hand es la comparación y equilibrio entre los costes de adoptar medidas de precaución y los daños esperados. Así cuando los daños esperados son mayores que el coste de la precaución que podría adoptar el potencial causante del daño, éste tendrá el deber de adoptar dichas medidas de precaución. En cambio, cuando los daños esperados sean menores que los costes de precaución, no parece razonable que se imponga al potencial causante del daño el deber de adoptar estas medidas de cuidado.

En la literatura secundaria, es clásico el trabajo de Richard POSNER, *A Theory of Negligence* 1 J. Legal Stud. 29, 1972. Una buena presentación gráfica del modelo de Hand, un poco modificado, pues tiene en cuenta precauciones marginales, es la siguiente:

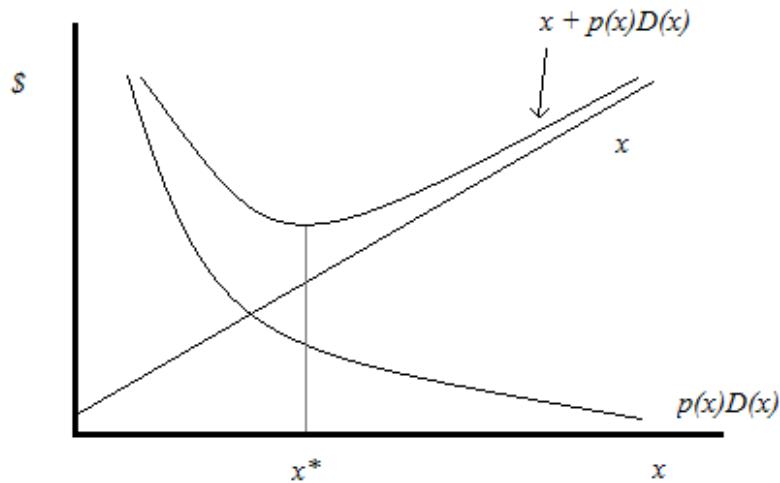


Gráfico de John PRATER BROWN (1983)/Steven SHAVELL (1987).

En el gráfico, los daños son una función del deber de cuidado [$D(x)$]. A su vez, los daños esperados [$p(x)D(x)$] son función decreciente de la inversión en medidas de cuidado. Así, cuanto mayor sea la inversión en medidas de cuidado, menor será el daño esperado.

La inversión óptima -y a la vez exigible- en precaución será aquella que minimice la suma de los costes de las medidas de precaución y el daño esperado. Así, si el causante del daño adoptó el

nivel de cuidado exigible, éste será considerado no negligente. En cambio, si el causante del daño adoptó un nivel de cuidado inferior al exigible, éste se considerará negligente.

En el derecho común norteamericano, el concepto económico de negligencia ha sido recibido por el **§ 3 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm** (2010): **Negligence**

A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.

Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are:

1. The foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm.
2. The foreseeable severity of any harm that may ensue.
3. And the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.

Una discusión clásica del concepto económico de negligencia, entendido como la traducción a terminología económica del criterio legal tradicional sobre culpa, puede leerse con aprovechamiento en *McCarthy v. Pheasant Run, Inc.* (826 F.2d 1554 (7th Circ. 1987), ponencia del juez Richard Posner. En el caso, la huésped de un hotel demandaba a la compañía explotadora del establecimiento porque una puerta corredera de su habitación que comunicaba con un pasaje público no había sido cerrada con llave y un intruso había irrumpido en la habitación y había atacado a la actora.

3. Críticas al concepto económico de negligencia

Desde que, a inicios de la década de los 70 del siglo pasado, Richard Posner ofreciera la primera generalización del concepto económico de negligencia a partir de *U.S. v. Carroll Towing* esta versión ha sido objeto de una literatura ingente.

Aquí, corresponde únicamente resumir algunas de las principales críticas de las cuales ha sido objeto:

1. Un viejo aforismo: *Judex non calculat*, es decir, los tribunales no son consultorías, sino que aplican el derecho, de acuerdo con las convenciones interpretativas dominantes en la comunidad jurídica a los hechos del caso, tal y como consideran que han resultado probados a lo largo del proceso.

La observación acaso prueba demasiado: ciertamente, jueces y tribunales son expertos solo en derecho pero ello no les veda construir su decisión sobre el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos para resolver el caso tal y como resultan, obviamente, tanto si son notorios como si siguen naturalmente a la prueba pericial practicada. Otro orden de la objeción es la muy similar a la anterior formulada por quienes creen que salvo que la ley se lo ordene el juez no debe resolver bajo criterios económicos sino solamente bajo criterios estrictamente normativos.

El caso de referencia es ***Grimshaw v. Ford Motor Co.* ((1981) 119 Cal. App. 3d 757 [174 Cal. Rptr. 348])**

In May 1972, Lily Gray was traveling with Richard Grimshaw, who was thirteen years old at the time in a 1972 Ford Pinto. Mrs Gray stopped for gasoline, got back onto the freeway and drove at 60/65 miles per hour. Approaching Route 30 off-ramp, she changed to the middle lane of the freeway and shortly after the car hatchback stalled, erupting into flames. A Ford Galaxie traveling in the same direction of the Pinto collided rear-ended with it. The impact ignited a fire in the Pinto, which killed Lily Gray and left Richard Grimshaw with devastating injuries such as permanent disfiguring burns to his body.

At trial, one of the main issues to determine by the court was whether the Pinto fuel system was properly designed. In 1968, Ford began designing the subcompact car that eventually became the Pinto. The design of the Ford Pinto's required the gas tank to be placed behind the rear axle, instead of over the rear axle as seen in other cars at the time. This placement of the gas tank resulted in a "crush space" of 9 or 10 inches - far less than any other American automobile or Ford subcompact sold overseas. Evidence showed that Ford's decision not to make design changes was based on a risk-benefit analysis that indicated that the costs of performing a fuel tank adjustment would be 2.5 times larger than the resulting benefits. No other factor was considered.

Ford tested several prototypes and two production models of the Pinto to determine, among other things, the integrity of the fuel system in rear-end impacts. Crash tests proved that the Pinto could not meet a proposed federal regulation requiring all vehicles manufactured in 1972 to be able to withstand a 20 MPH fixed barrier impact without significant fuel spillage, nor the proposed regulation requiring vehicles manufactured in 1973 to withstand a 30 MPH impact. Design changes at a relatively small cost could have enhanced the fuel system.

The trial court rendered a judgment against Ford and the jury awarded the Gray family \$560,000 and Matthew Grimshaw \$2.5 million in compensatory damages. The jury awarded \$125 million in punitive damages that were subsequently reduced to \$3.5 million.

On appeal, Ford claimed that the trial court erroneously admitted irrelevant, highly prejudicial documentary evidence. Ford also further stated that it was entitled to a verdict notwithstanding the judgment on the issue of punitive damages on two grounds: 1) that punitive damages were statutorily and constitutionally impermissible in design defect cases; and 2) that there was no evidentiary support for a finding of malice or corporate responsibility for malice. Ford argued that the punitive damages should be reversed because of erroneous instructions and excessiveness of the award.

On appeal Grimshaw produced evidence showing that the defendant was aware of the dangers associated with the faulty design of the Pinto's fuel system, and that those defects could have been addressed at very little cost. At trial, Ford argued in favor of the Pinto's design based on a risk-benefit analysis between the cost of human life and limb versus corporate profits.

The court of appeals affirmed the trial court's ruling in favor of the plaintiff understanding there was substantial evidence that Ford's management was aware of the design flaws and that Ford's conduct endangered many lives. The court further stated that the amount of punitive damages was not excessive, as Ford argued, and compared Ford's 7.7 billion dollar net worth and 983 million dollar income after taxes in 1976, the court found that the punitive award was approximately 0.005% of Ford's net worth and 0.03% of its income. In light of the ratio of punitive damages to compensatory damages of approximately 1.4:1, the punitive damages awarded were not excessive.

2. La segunda objeción, casi filosófica, es la de la **incommensurabilidad**: no se trataría solo que dos daños muy similares sean muy difíciles de comparar o de que, sencillamente, resulten incomparables. Es que, *ex ante*, y en relación con los tres elementos de la fórmula de Hand, su cuantificación o, al menos, una aproximación razonable son muy difíciles de realizar.

El caso de referencia es ***Helling v. Carey* [519 P. 22d 981 (Wash. 1974)]**:

Entre los años 1959 y 1968, la demandante acudía periódicamente a la consulta del oftalmólogo demandado para visitarse y tratarse de una irritación en los ojos causada por lentes de contacto. A finales de 1968, cuando la demandante tenía 32 años de edad, el demandado sospechó que aquella podría sufrir de glaucoma -una enfermedad de los ojos causada por un exceso de presión sobre el nervio óptico- cuando la paciente le dijo que había perdido visión periférica. El oftalmólogo le aplicó entonces un test de presión que confirmó el diagnóstico. La paciente acabó por perder la vista, pero un tratamiento temprano habría evitado el daño. En el pleito que siguió por mala praxis médica, el demandado alegó que el estándar profesional no exigía practicar pruebas de presión a pacientes menores de cuarenta años de edad, pues se trataba de una enfermedad muy poco común que solo se presentaba en 1/25.000 casos. Suponiendo que el coste de cada test aplicado a cada niño o persona joven que se visite es de 5 USD, ¿había que haber practicado el test o no? Fíjense que tenemos $B = 5$, $P = 1/25.000$, pero que nos falta L , la evaluación de la pérdida de la visión. Si $B = PxL$, entonces $5 = 125.000/25.000$. Mas ¿cuánto vale un ojo de la cara?

Consta acreditado, además, que el 96% de los pacientes diagnosticados con glaucoma por aplicación del test de presión no tenían la enfermedad (EPSTEIN/SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 10th ed., Aspen Publishers, 2012, p. 215).

HUNTER, ASSOCIATE JUSTICE. This case arises from a malpractice action instituted by the plaintiff (petitioner), Barbara Helling.

The plaintiff suffers from primary open angle glaucoma. Primary open angle glaucoma is essentially a condition of the eye in which there is an interference in the ease with which the nourishing fluids can flow out of the eye. Such a condition results in pressure gradually rising above the normal level to such an extent that damage is produced to the optic nerve and its fibers with resultant loss in vision.... The disease usually has few symptoms and, in

the absence of a pressure test, is often undetected until the damage has become extensive and irreversible.

The defendants (respondents), Dr. Thomas F. Carey and Dr. Robert C. Laughlin, are partners who practice the medical specialty of ophthalmology. Ophthalmology involves the diagnosis and treatment of defects and diseases of the eye.

The plaintiff first consulted the defendants for myopia, nearsightedness, in 1959. At that time she was fitted with contact lenses. [She consulted the defendants several times over the next nine years.] Until the October 1968 consultation, the defendants considered the plaintiff's visual problems to be related solely to complications associated with contact lenses. On that occasion, the defendant, Dr. Carey, tested the plaintiff's eye pressure and field of vision for the first time. This test indicated that the plaintiff had glaucoma. The plaintiff (...) was then 32 years of age.

Thereafter, in August of 1969, after consulting other physicians, the plaintiff filed a complaint against the defendants alleging, among other things, that she sustained severe and permanent damage to her eyes as a proximate result of the defendants' negligence. During trial, the testimony of the medical experts for both the plaintiff and the defendants established that the standards of the profession for that specialty in the same or similar circumstances do not require routine pressure tests for glaucoma upon patients under 40 years of age. The reason the pressure test for glaucoma is not given as a regular practice to patients under the age of 40 is that the disease rarely occurs in this age group. Testimony indicated, however, that the standards of the profession do require pressure tests if the patient's complaints and symptoms reveal to the physician that glaucoma should be suspected.

The trial court entered judgment for the defendants following a defense verdict. The plaintiff thereupon appealed to the Court of Appeals, which affirmed the judgment of the trial court Helling v. Carey, 8 Wn. App. 1005 (1973). The plaintiff then petitioned this court for review, which we granted.

In her petition for review, the plaintiff's primary contention is that under the facts of this case the trial judge erred in giving certain instructions to the jury and refusing her *517 proposed instructions defining the standard of care which the law imposes upon an ophthalmologist (...)

We find this to be a unique case. (...) The issue is whether the defendants' compliance with the standard of the profession of ophthalmology, which does not require the giving of a routine pressure test to persons under 40 years of age, should insulate them from liability under the facts in this case where the plaintiff has lost a substantial amount of her vision due to the failure of the defendants to timely give the pressure test to the plaintiff.

The incidence of glaucoma in one out of 25,000 persons under the age of 40 may appear quite minimal. However, that one person, the plaintiff in this instance, is entitled to the same protection as afforded to persons over 40, essential for timely detection of the evidence of glaucoma where it can be arrested to avoid the grave and devastating result of this disease. The test is a simple pressure test, relatively inexpensive. There is no

judgment factor involved, and there is no doubt that by giving the test the evidence of glaucoma can be detected. The giving of the test is harmless if the physical condition of the eye permits. The testimony indicates that although the condition of the plaintiff's eyes might have at times prevented the defendants from administering the pressure test, there is an absence of evidence in the record that the test could not have been timely given (...).

Under the facts of this case reasonable prudence required the timely giving of the pressure test to this plaintiff. The precaution of giving this test to detect the incidence of glaucoma to patients under 40 years of age is so imperative that irrespective of its disregard by the standards of the ophthalmology profession, it is the duty of the courts to say what is required to protect patients under 40 from the damaging results of glaucoma.

We therefore hold, as a matter of law, that the reasonable standard that should have been followed under the undisputed facts of this case was the timely giving of this simple, harmless pressure test to this plaintiff and that, in failing to do so, the defendants were negligent, which proximately resulted in the blindness sustained by the plaintiff for which the defendants are liable (...).

The judgment of the trial court and the decision of the Court of Appeals is reversed, and the case is remanded for a new trial on the issue of damages only.

En la jurisprudencia española, la problemática de la incommensurabilidad, abordada por Helling, aparece en numerosas sentencias. Destacamos tres de ellas:

STS, 3^a, de 26 de junio de 2008 (RJ 6525), MP: Margarita Robles Fernández.

En abril de 1999, el Sr. Octavio acudió a un Centro de Atención Primaria de Argamasilla de Calatrava (Ciudad Real) donde el Dr. Millán, médico de cabecera del actor, le diagnosticó tuberculosis, que no fue confirmada por médico especialista, e inició tratamiento farmacológico con Rifinah (F: Sanofi Aventis, S.A.; PA: Isoniazida, Rifampicina; AT: tratamiento de la tuberculosis). En agosto de 1999, se retiró la medicación al Sr. Octavio porque su consumo le había causado una neuritis óptica bilateral, lo que devino en una incapacidad permanente absoluta. Consta acreditado que la neuritis óptica es una reacción poco frecuente (1/10.000 tratamientos) de la isoniazida y que puede paliarse con vitamina B 6, que no se le administró al paciente.

El Sr. Octavio interpuso, primero, reclamación administrativa contra la Administración General del Estado, el Instituto Nacional de la Salud y Mapfre Industrial, S.A. en la que solicitaba 26 millones de ptas. (156.263 euros), que fue desestimada por silencio administrativo y, después, recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que también fue desestimado (3.3.2004). El actor interpuso finalmente recurso de casación.

El TS estimó dicho recurso de casación, en el que se alegaba infracción del art. 141.1 Ley 30/1992, y condenó a la Administración General del Estado al pago de 30.000 euros porque "debe entenderse que siendo médicaamente conocidos los efectos secundarios de la administración de isoniacida y que estos hubieran podido, si no prevenirse, sí minimizarse

con la administración conjunta de la vitamina B 6, la no pautación de dicha vitamina al recurrente, a quien como a cualquier paciente, según el informe pericial, se le podían producir dichos efectos secundarios, sin olvidar además que al mismo no se le había realizado prueba que hubiese permitido una mejor confirmación del diagnóstico de presunción, supone una infracción de la "lex artis" que le ha generado una pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros, si se le hubiese administrado conjuntamente la vitamina B 6" (FD 5^a).

Las sociedades médicas profesionales ofrecen a sus socios guías y estándares que dan razón de la lex artis. Así, por ejemplo, la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC) (<https://www.semptyc.es/medicos/>) ofrece la Guía Terapéutica en Atención Primaria y otras guías clínicas. En relación con el caso resuelto por la sentencia citada, véase <http://www.meiga.info/guias/eatb.asp>. (debo esta indicación a la Doctora Elena Díez Huidobro a quien el equipo de investigación que elabora y pone al día este e-libro queda muy agradecido).

STS, 1^a, 64/2011, de 9 de febrero, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

El 3.3.2001, Isaac esquiaba en la estación de La Molina (propiedad de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya), junto con su familia, cuando cayó y se deslizó hasta impactar contra un cañón de nieve artificial. A raíz del accidente, sufrió fracturas en las vértebras D7, D8, D11 y D12, pertenecientes a dos zonas diferentes de la columna, y una paraplejia L1, con afectación de esfínteres rectales y urinarios.

Isaac y su mujer África demandaron, en su nombre y en el de sus tres hijas menores de edad-Maite, Melisa y Noemí-, a Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya y a su aseguradora Winterthur y solicitaron una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (no consta cuantía).

El JPI nº 7 de Barcelona (15.12.2004) estimó en parte la demanda y condenó a las demandadas (a Winterthur solamente hasta los 300.005,99€ cubiertos por la póliza de seguro) al pago de 646.803,97€ a Isaac y de 90.000€ por el daño moral causado a la mujer y a las hijas del actor.

La AP de Barcelona (Sección 1^a, 20.9.2006) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los actores y aumentó la indemnización a pagar por las demandadas a 790.220,60€ y a 110.000 € respectivamente.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados:

"(...) debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación pues (...) el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo, cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generó un riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de

un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo". (FD 4º)

Vídeo de un accidente similar en Vallter 2000 en el año 2008

<http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/11638/el-terrible-accidente-en-la-nieve-que-costó-la-vida-a-un-joven-colombiano-en-espana/>

3. Otro problema relacionado con el anterior es el número, en cada constelación de casos, de **falsos positivos**, una circunstancia que encarecería mucho la práctica del test de que se trate: si el test de presión diera equivocadamente positivo en muchos casos, de forma tal que solo un 10% de los positivos fuera auténtico, es decir, indicara que el paciente desarrollaría glaucoma, habría que practicar controles adicionales que podrían encarecer mucho su coste. Volveremos sobre la cuestión al tratar sobre la costumbre y la conveniencia o no de trazar estándares profesionales para rechazar la negligencia cuando estos se hayan respetado.
4. En el ABC de la economía, pero no en el del derecho, está la distinción entre magnitudes absolutas -agregadas o totales- y **marginales**. Piénsese en un caso en el cual los primeros 60 euros o dólares USA invertidos por unidad de actividad eviten daños por un importe de 120 euros o dólares, pero que en cambio, los segundos 40, solo ahorren daños evaluados en 30, etcétera. Entonces, aunque $(60 + 40) = 100 < (120 + 30) = 150$, es mejor, menos malo, quedarse en 60 de inversión en precaución, pues los segundos 40 superan en 10 los 30 de daños potenciales que se ahorra con dicha inversión. Si los lectores no gustan contar en unidades económicas, euros o dólares, es decir, en dinero, pueden hacerlo en cualquier otra unidad que prefieran como por ejemplo, *quality adjusted years of life*, *QUALY's*. Volvemos de alguna manera a la incommensurabilidad. El dinero es una muy mala medida pero es universal. Los *QUALY's* son muy difíciles de estimar y desde luego no se aplican a las cosas.
5. La fórmula no captura el **autorriesgo** (Robert D. COOTER & Ariel PORAT, *Getting Incentives Rights: Improving torts, Contract and Restitution*, 2014, y PORAT-COOTER, 29 J. Legal, Stud 19, 2000), la autopuesta en riesgo, es decir, no tiene en cuenta los daños probables causados por el comportamiento del demandado a sí mismo o a sus propios bienes, aunque se incluyen en la contabilidad nacional.

En la literatura histórica los juristas, como, por ejemplo, los penalistas clásicos, siempre habían tenido en cuenta la pena de daño para descontarla de la sanción penal que había que imponer a los padres que en un descuido provocaban un accidente que causaba la muerte por heridas graves a su hijo: el sufrimiento derivado del daño debía ser descontado de la pena que normalmente se habría puesto a un extraño en las mismas circunstancias. De lo contrario, habría sobre-prevención -*over-deterrance*- y, en definitiva, menos hijos.

¿Tiene entonces sentido la objeción de PORAT-COOTER 2000 y 2014 conforme a la cual hay que sumar a los costes de los daños causados a terceros aquellos que derivan del causado

a uno mismo o a sus propios bienes? ¿Lo tiene sobrecargar la intensidad del deber de precaución del demandado por el importe de los daños probables causados negligentemente a sus propios bienes además de a los bienes de un tercero cuando como dueño de ellos podría haberlos destruido?

6. La fórmula de Hand asume que las más de las gentes son **neutrales al riesgo**. No obstante, muchas personas, por no decir la mayoría, preferirían un 10% de probabilidad de perder 100 a un 50% de perder 20. Solo los aventureros y los empresarios son amantes al riesgo - *risk-takers*. El ejemplo se ve más claro en los casos de muerte y de daños personales graves. La mayor parte de la gente estaría dispuesta a incrementar sus inversiones en precaución para preservar su vida en mucho más que diez veces si su riesgo de morir pasara del 1 por mil al 1 por ciento. Pero de nuevo, esto no quita que haya deportistas amantes del riesgo y la aventura que disfrutan mucho más cuanto mayor es el riesgo, lo cual dicho sea de paso, es una razón más para tomar en consideración el consentimiento de la víctima o la asunción del riesgo como excepción oponible a una pretensión de daños.
7. Otra objeción de la regla de Hand deriva de la consideración de que si fuera correcta y se aplicara siempre y bien, entonces **nadie causaría accidentes** de forma negligente. Una respuesta posible pero acaso poco plausible es que la fórmula es teóricamente correcta, pero casi nunca se aplica bien. Otra más razonable es que hay lapsos de conducta inexcusables, pero también hay otros que le ocurren incluso al más experto de los agentes sociales de la actividad de que se trate. De nuevo COOTER-PORAT 2014 defienden que los jueces deberían distinguir entre lapsos indisociables de la conducta humana -*errare humanum est*- de aquellos caracterizables como torpezas razonablemente evitables. ¿Están realmente bien equipados los tribunales para distinguir entre unos y otros?, a quien alega que errar es humano, ¿se le puede oponer que *perserverare autem diabolicum*?
8. Otra objeción es la de la **discontinuidad** de la función de responsabilidad por negligencia: si se observa el gráfico anterior, se comprobará que el demandado potencial que es suficientemente prudente aunque lo sea por haber invertido únicamente una unidad monetaria más no paga nada por concepto de daños porque será absuelto de la demanda y asume únicamente los costes de su propia precaución. En cambio, si omite esta última unidad monetaria de su precaución pasa de golpe a responder por todos los daños causados. Esta discontinuidad de la función de negligencia *secundum Hand* genera sobreprevención.
9. También, no es que el juez no calcule, como hemos comentado al formular la primera objeción, es que ninguno de nosotros **calculamos siempre**, en todo momento, ocasión y circunstancia de la vida, y no lo hacemos, entre otras razones, porque no podemos físicamente calcular los riesgos y beneficios de cada una de las docenas de actividades que llevamos a cabo cada día. Hand, implícitamente, y con él casi todos los economistas neoclásicos, y suponen que gozamos de los atributos de la divinidad.
10. La décima objeción a la regla merece un epígrafe aparte, el siguiente. Es el caso de la adecuación de la conducta del demandado no al óptimo de la relación coste beneficio, sino a otros criterios de integración del deber de diligencia y particularmente a la **costumbre**.

4. Criterios de integración del deber de diligencia y, en particular, la costumbre (*Custom*)

4.1. Los distintos criterios de integración del deber de diligencia

Para valorar el comportamiento del demandado, hay que tener en cuenta, en primerísimo lugar, las **disposiciones de la ley** o, más frecuentemente, de los **reglamentos** que la desarrollan en tema de estándares de precaución. Y también, si la ley no lo ha excluido, hay que tener en cuenta la costumbre o si se prefiere las buenas prácticas de la cuestión o de la práctica de la que se trate pero es importante destacar que entre las leyes por un lado y la costumbre por otro hay que destacar que las **alternativas** son muy diversas y muy distintas en cuanto a su grado de exigencia. Véase si no, la lista siguiente de estándares usualmente utilizados por las agencias reguladoras estadounidenses:

- a. Las leyes y disposiciones reglamentarias específicas (*Specific Safety Regulations*).
- b. Mejor tecnología disponible (*Best Available Technology, BAT*).
- c. Reducción de riesgos a un nivel tan bajo como sea razonablemente alcanzable (*As Low As Reasonably Achievable, ALARA*).
- d. Análisis coste-beneficio (*Cost-benefit analysis*)
- e. Máximo cuidado posible (*The utmost care standard*)
- f. Principio de precaución (*Precautionary principle*)
- g.
- h. Costumbre (*Custom*).

En primer lugar, la ley puede establecer una regla de cuidado determinada o remitirse a las disposiciones reglamentarias específicas, en cuyo caso habrá que estar a su contenido y preguntarse -siempre que la cuestión no la haya resuelto la misma ley- si esta regulación es de mínimos o de máximos.

En España, un caso reciente de interpretación del deber de diligencia con las (sucesivas) leyes aplicables al supuesto (accidente de tráfico por irrupción de reses procedentes de un coto de caza en la carretera) es la STS, 1^a, 50/2016, de 11 de febrero (ponencia de Fernando Pantaleón): la responsabilidad del propietario o arrendatario de un coto de caza no es objetiva sino por culpa, pues el riesgo tenido en cuenta por la ley es riesgo de la circulación, no de la caza, pero en el caso, el demandado no cumplió los deberes de conducta que le imponía la legislación aplicable (DA Novena de la Ley de Seguridad Vial, según la redacción que le daba la DA 3^a de la Ley 10/2009).

En sectores intensamente regulados, como el formado por la intersección del derecho de la energía y del medio ambiente, véase Richard L. REVESZ y Jack LIENKE, *Struggling for Air. Power Plants and the "War on Coal"*, New York, Oxford University Press, 2016. La cuestión central analizada en el libro es que, además de la bondad de la regla legal, hay que tener en cuenta si se aplica a todas las plantas existentes o solo a las que se construyan en el futuro: lo mejor es enemigo de lo bueno y, con frecuencia, unos estándares menos exigentes pero universalmente aplicables son mejores que un estándar ideal (políticamente hablando) pero solo aplicable a las nuevas instalaciones.

En segundo lugar, la ley o el reglamento disponibles pueden remitirse a la mejor tecnología disponible (*Best Available Technology*, BAT) o puede establecer un estándar de reducción de riesgos que ordene reducirlos tan bajo como sea alcanzable (*As Low As Reasonably Achievable* (ALARA)). Un criterio más preciso pero acaso más económico es el que deriva de la aplicación del análisis coste-beneficio (*Cost-benefit*) y el más estricto o exigente es el que requiere adoptar el *Utmost Care Standard*, el mayor cuidado posible, algo que en la práctica implica la exigencia de recurrir a la tecnología más segura de las existentes o cesar en la actividad de la que se trate.

Se puede por supuesto exigir más, pero entonces la responsabilidad deja de ser en negligencia y pasa a ser objetiva o absoluta como es por ejemplo el caso en el que se precluye la posibilidad de oponer una excepción por riesgos de desarrollo.

4.2. En particular, la costumbre

La costumbre, los usos de la profesión, arte u oficio, sus buenas prácticas, son índices de calidad, de conducta adecuada, por diligente, del demandado, pero son solo eso: indicios, pues ni siquiera constituyen una presunción en sentido estricto. Por cierto, ¿conoce la lectora la distinción entre presunciones, indicios y sospechas?

El caso de referencia sobre usos, costumbre y tecnología es *The T.J. Hooper*. Resuelto hace más de ochenta años, su lectura es todavía un punto de partida magnífico para el análisis de la cuestión de si el respeto a la costumbre permite inducir diligencia en quién observó aquella.

The T.J. Hooper [60 F.2d 737 (2d Cir.), cert. denied, 287 U.S. 662 (1932)]

Petition by the Eastern Transportation Company, as owner of the tugs Montrose and T. J. Hooper, for exoneration from, or limitation of, liability; separate libels by the New England Coal & Coke Company and by H. N. Hartwell & Son, Inc., against the Northern Barge Corporation, as owner of the barge Northern No. 30 and the barge Northern No. 17; and libel by the Northern Barge Corporation against the tugs Montrose and Hooper. The suits were joined and heard together. From the decree rendered [53 F.(2d) 107], the petitioner Eastern Transportation Company and the Northern Barge Corporation, appeal.

[The operator of a tugboat was sued for the value of two barges and their cargoes, which were lost at sea during a coastal storm in March 1928. The basis of the claim was that the tug was negligently unseaworthy in that it was not equipped with a radio receiver, and thus could not receive reports of an impending storm. There was evidence that the master, had he heard the weather reports, would have turned back]

L. HAND,

It is not fair to say that there was a general custom among coastwise carriers so to equip their tugs. One line alone did it; as for the rest, they relied upon their crews, so far as they can be said to have relied at all. An adequate receiving set suitable for a coastwise tug can now be got at small cost and is reasonably reliable if kept up; obviously it is a source of great protection to their tows. Twice every day they can receive these predictions, based upon the widest possible

information, available to every vessel within two or three hundred miles and more. Such a set is the ears of the tug to catch the spoken word, just as the master's binoculars are her eyes to see a storm signal ashore. Whatever may be said as to other vessels, tugs towing heavy coal laden barges, strung out for half a mile, have little power to manoeuvre, and do not, as this case proves, expose themselves to weather which would not turn back stauncher craft. They can have at hand protection against dangers of which they can learn in no other way.

Is it then a final answer that the business had not yet generally adopted receiving sets? There are, no doubt, cases where courts seem to make the general practice of the calling the standard of proper diligence; we have indeed given some currency to the notion ourselves. Indeed in most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices. It never may set its own tests, however persuasive be its usages. Courts must in the end say what is required; there are precautions so imperative that even their universal disregard will not excuse their omission. But here there was no custom at all as to receiving sets; some had them, some did not; the most that can be urged is that they had not yet become general. Certainly in such a case we need not pause; when some have thought a device necessary, at least we may say that they were right, and the others too slack. The statute (section 484, title 46, U. S. Code [46 USCA § 484]) does not bear on this situation at all. It prescribes not a receiving, but a transmitting set, and for a very different purpose; to call for help, not to get news. We hold the tugs therefore because had they been properly equipped, they would have got the Arlington reports. The injury was a direct consequence of this unseaworthiness.

DECREE AFFIRMED.

El gran especialista académico en derecho de daños, el profesor Richard Epstein, de NYU, discrepa del análisis del juez Hand en *The Hooper*. Epstein considera, primero, que en los casos en los que dañadores y víctimas potenciales han contratado sobre su interacción, la costumbre debería ser considerada como prueba de diligencia en ausencia de pacto en contrario. Esta primera observación es muy atendible, aunque la segunda razón de desacuerdo con Hand es más opinable, pues cuando hay daños potenciales a terceros ajenos a las partes contratantes, Epstein entiende que la costumbre no debería ser tenida en cuenta porque tampoco debería serlo la negligencia, ya que la responsabilidad debería ser objetiva. Tal es la opinión, singular, pero también proveniente del profesor americano probablemente más sabio de derecho de daños.

El *Restatement (Third) of Torts* resume la posición dominante el *common Law* del derecho norteamericano:

§ 13 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (2010): Custom

- a) An actor's compliance with the custom of the community, or of others in like circumstances is evidence that the actor's conduct is not negligent but does not preclude a finding of negligence.
- b) An actor's departure from the custom of the community, or of others in like circumstances, in a way that increases risk is evidence of the actor's negligence but does not require a finding of negligence.

Otras cuestiones relacionadas con la costumbre derivan de su carácter dinámico y preguntan por las consecuencias de su cambio a lo largo del tiempo: qué ocurre si las prácticas sobre seguridad cambian a lo largo del tiempo pero un edificio, instalación o automóvil habían sido fabricados con anterioridad al cambio de legislación y no se han adaptado las nuevas exigencias. El criterio tradicional es que la costumbre, como la ley, no es retroactiva y que los viejos objetos pueden quedarse como estaban a no ser que se haya establecido lo contrario - *grandfathering*.

Un caso de referencia es *Trimarco v. Klein (N.Y. 1982)* en el cual reclamaba la víctima que se había resbalado en la bañera y resultado severamente herida por los vidrios astillables de las mamparas de la ducha instalados en una época en la cual todavía no era legalmente obligado ni una práctica común instalar vidrio y plástico inastillables. Lo mismo ocurre en los edificios antiguos de Barcelona que no han sido restaurados y que no cuentan con *sprinklers*.

Más cuestiones relacionadas con la costumbre son las que inquieren sobre la generalización geográfica de su práctica. El código civil de 1889 se refería históricamente a la costumbre del lugar pero en 1974 la nueva regulación de fuentes del código suprimió la exigencia de localidad y aquí, como la mayor parte de las culturas avanzadas los estándares usuales se entienden como generalmente exigibles con independencia del lugar en el que se desarrolle la actividad de la que se trate. Esto es claro en el caso de la práctica médica véase (**Brune v. Bellinkoff, Mass 1968** y Kenneth S. ABRAHAM, *Custom, Non-customary Practice, and Negligence*, 109 Colum. L. Rev. 1784, 2009).

Cabe todavía preguntar, ¿con independencia de la latitud y longitud geográficas del lugar en el que se desarrolla la actividad, puede el juzgador tener en cuenta circunstancias que se den solo en alguno de los lugares puestos como comparación?

4.3. El caso Alvia

El 24 de julio de 2013, un tren Alvia de la serie 730 de Renfe, que realizaba el trayecto Madrid-Ferrol descarriló en el punto kilométrico 84,412 de la línea de alta velocidad Orense-Santiago de Compostela, situado en una curva muy pronunciada, la curva A Grandeira, próxima a la estación de Santiago de Compostela. Al entrar en la curva el tren circulaba a 195 km/g cuando la velocidad máxima de paso era de 80 km/h. Durante los seis kilómetros previos a la curva, el maquinista, el Sr. Francisco José Garzón, quien había hecho esta misma ruta unas sesenta veces, mantuvo una conversación telefónica con el interventor de a bordo del tren. Como resultado del accidente, 79 personas fallecieron y más de 130 resultaron heridas de diversa consideración.

Iniciadas actuaciones penales, una de las cuestiones planteadas se relacionaba con la posible responsabilidad -penal y civil- del maquinista del tren, pues el convoy entró en la curva a una velocidad a todas luces superior a la permitida. Pero la discusión sobre la arquitectura, sobre la infraestructura de seguridad del sistema ferroviario, emergió como otra de las cuestiones cruciales para analizar el caso. En el tramo accidentado, el sistema de seguridad instalado era el ASFA (Anuncio de Señales y Frenado Automático - [vídeo RENFE, 1983](#)), menos avanzado que el ERTMS (European Rail Traffic Management System).

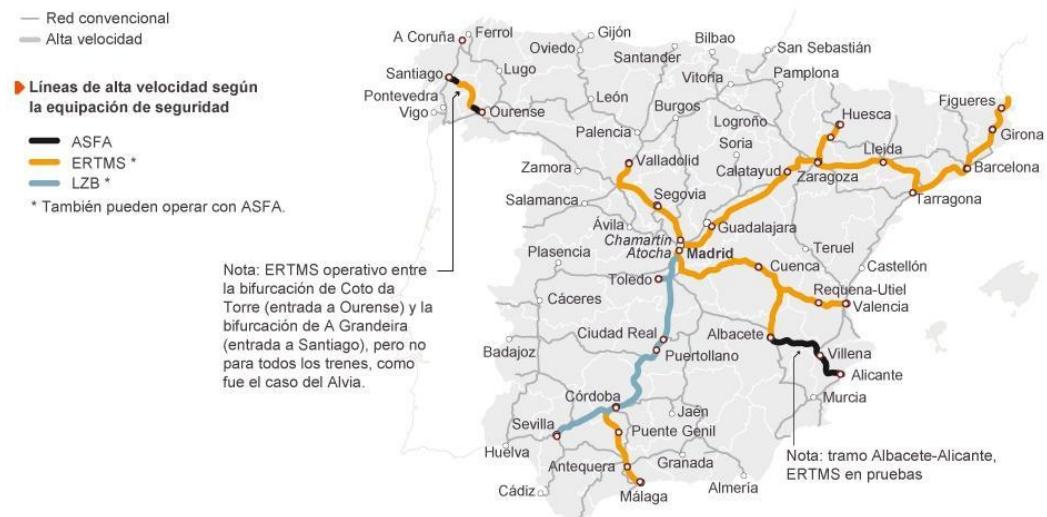
El proyecto inicial de construcción de la línea de alta velocidad Orense-Santiago de Compostela preveía la instalación del sistema ERTMS a lo largo de toda la línea. Sin embargo, razones técnicas, de ingeniería, motivaron que el Presidente de ADIF, por delegación del Consejo de Administración, decidiera modificar el proyecto en el sentido de eliminar el sistema ERTMS en los últimos cuatro kilómetros de la línea. El Director General de Seguridad de ADIF certificó la adecuación técnica del proyecto modificado. En concreto, a partir del kilómetro 80,149 el único sistema de protección operativo era el sistema ASFA.

Como en las líneas de alta velocidad los trenes pueden circular a velocidades de hasta 300 km/h, el maquinista no puede ver correctamente las señales laterales de la vía y reaccionar a tiempo. Por este motivo, se hace necesario un sistema como el ERTMS, regulado fundamentalmente por las reglas técnicas "Prescripciones Técnicas y Operativas" (PTO) de ADIF, que introduce toda la señalización en cabina mediante eurobalizas que informan al conductor permanentemente de las señales y velocidades máximas. En el caso de que el tren supere la velocidad máxima o rebase señales que indican parada, el sistema activa el frenado automático del tren, evitando así la posibilidad de accidentes por fallos humanos.

Los trenes que circulan con el sistema ASFA no pueden circular a velocidades superiores a los 200 km/h, pues el sistema activa el frenado automático del tren si se excede ese límite. Ahora bien, el sistema ASFA es compatible, según dispone el Reglamento General de Circulación de ADIF (RGC), con la existencia de balizas en las vías que transmiten al conductor avisos sobre límites de velocidad, con una particularidad respecto al sistema ERTMS: el sistema ASFA obliga al maquinista a pulsar un botón de reconocimiento en el ordenador de a bordo, de manera que si no lo hace en unos segundos o el tren supera el límite de velocidad establecido producirá el frenado automático del tren.

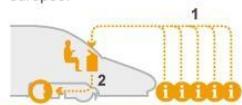
En el tramo del accidente, la única señal de limitación de velocidad a 80 km/h se encontraba a 200 metros de la curva, era una señal propia de las líneas de alta velocidad y se correspondía con el punto en el que, según la hoja de ruta del conductor disponible en cabina, el tren debía haber reducido la velocidad hasta los 80 km/h.

Consta, además, que desde noviembre de 2012, Renfe había ordenado a los maquinistas de los trenes Alvia de la serie 730, previa autorización de ADIF, que circularan a lo largo de toda la línea de alta velocidad Orense-Santiago con el sistema ASFA, ya que durante los primeros días de funcionamiento de la línea, el sistema ERTMS había dado fallos de software, generando situaciones de urgencia que no eran tales.



► **ERTMS (1.974 kilómetros instalados. Sólo en alta velocidad)**

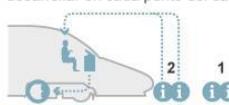
1. Comunicaciones e información del trayecto permanentes a lo largo de toda la ruta. En implantación a nivel europeo.



2. El ordenador actúa sobre el tren en el momento en que se supera la velocidad máxima establecida o rebasa señales que indican detención.

► **LZB (498 km. Sólo en alta velocidad)**

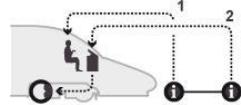
1. Trayecto dividido en cantones. Información cada 100 metros de la velocidad máxima que se puede desarrollar en cada punto del cantón.



2. El ordenador avisará al maquinista y frenará el tren si no actúa para llevar al tren a la velocidad permitida.

► **ASFA (instalado en toda la red, incluida la convencional. 13.398 km)**

1. El maquinista debe actuar según la información que se recibe en cabina en puntos concretos del tramo.



2. Frenado automático si se rebasa una segunda baliza de información gemela, incumpliendo la limitación de parada o con velocidad superior a 200 km/h.

El País, 8.8.2013, http://elpais.com/elpais/2013/08/05/media/1375732774_197519.html

El trayecto está dividido en **cantones**, tramos entre señal y señal, según la vía

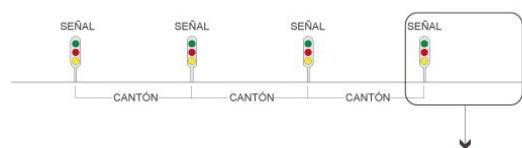


Foto: Cristóbal Manuel

SISTEMA ERTMS

Sistema de Gestión de Tráfico Ferroviario Europeo

■ **Baliza ERTMS.**

Cada dos balizas, hay una distancia mínima de dos metros.

- 1 Toma la información de la vía (señales, agujas...) y la envía a las balizas.



- 2 El tren, al pasar sobre las balizas, lee la información para que la gestione el ordenador de abordo.

- 3 Regula la velocidad durante todo el trayecto, y exige un menor control del maquinista.

- 1 Toma la información de la vía (señales) y la envía a las dos balizas.

- 2 El tren, al pasar sobre la balizas, lee la información. El maquinista debe actuar según la información recibida (reducir velocidad...).

- 3 No regula la velocidad durante el trayecto, y exige una mayor atención del maquinista.



El País, 26.7.2013, http://elpais.com/elpais/2013/07/26/media/1374872840_505323.html

- Funcionamiento del sistema ASFA en el accidente de Santiago de Compostela:
http://elpais.com/elpais/2013/08/08/media/1375970174_064671.html

- Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Santiago de Compostela, 3.12.2018, por el que acuerda la continuación de las diligencias por si los hechos imputados al Sr. G.A. [maquinista] y al Sr. C Sr. C. [Director de Seguridad en la Circulación de Adif] fueren constitutivos de ochenta delitos de homicidio por imprudencia grave profesional del artículo 142, apartados primero y tercero, del Código Penal y ciento cuarenta y cuatro delitos de lesiones por imprudencia grave profesional del art. 152, apartados primero y tercero, del Código Penal. También acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de los demás investigados.

F.D. 3º: "Por lo que respecta al Sr. G.A. [maquinista], es obvio que en este caso, las diligencias practicadas permiten concluir que la causa directa, inmediata, y que decididamente ha desencadenado el desgraciado accidente que tuvo lugar el pasado 24 de julio de 2013 fue el exceso de velocidad derivado de una conducción negligente. Y es que, como hemos visto, el tren entra en el túnel que precede a la curva a una velocidad de 195 Km/h y descarrila a una velocidad de 179 Km/h cuando la máxima permitida era de 80 Km/h. Y la responsabilidad de tal exceso de velocidad reside de forma activa y directa en la imprudencia del maquinista fruto de una conducción desatenta a las circunstancias de la vía y a su señalización, motivada a su vez por una llamada del interventor que se prolonga más de lo estrictamente necesario. No podemos reprochar al maquinista que hubiera atendido dicha llamada (...) Sin embargo, lo cierto es que en este caso concreto la llamada no tenía por objeto comunicar una incidencia que requiriese urgente solución o de especial gravedad para la seguridad del tren sino únicamente preguntar al maquinista si era posible entrar en la estación de Pontedeume por la vía 2 en lugar de la vía 1. Pues bien, una respuesta a tan sencilla cuestión planteada por el revisor no requiere de 1 minuto y 42 segundos de conversación, con la consiguiente merma de atención a las circunstancias de la vía que ello produjo, como lo evidencia el hecho de que el maquinista hubiera obviado el cartel de aviso de cambio de modo ASFA existente en el PK 80+803 y, sobre todo, que hubiere rebasado la señal avanzada E'7 sin reducir la velocidad, cuando el propio maquinista afirma en su declaración que esa señal avanzada era la que precisamente tomaba como punto de referencia para iniciar progresivamente la reducción de velocidad antes de tomar la fatídica curva. Tal conducta imprudente es lo que determina causalmente el resultado y la consideración de tal imprudencia como grave deriva del hecho de que en este caso el deber de diligencia exigible al investigado no es el propio de cualquier hombre medio ideal, sino que se trata de un deber de diligencia superior por la propia cualificación profesional del mismo (maquinista-jefe de tren con una dilatada experiencia en el sector ferroviario), por el hecho de ser el máximo responsable de la conducción de un medio de transporte que es capaz de alcanzar velocidades de más de 200 km/h y, en definitiva, por el hecho de llevar a bordo del mismo a más de 200 personas, por lo que el deber diligencia, materializado en este caso en el deber de atención permanente a las circunstancias de la vía y de respeto a su señalización, resulta especialmente riguroso y relevante por las consecuencias que su infracción puede comportar para bienes jurídicos esenciales como son la salud o la propia vida de las personas, y eso es lo que cualifica en este caso la gravedad de la citada imprudencia profesional".

F.D. 4º: "En lo que respecta al Sr. C. [Director de Seguridad en la Circulación de Adif] (...) partiendo de la legislación penal vigente a la fecha de los hechos (24/07/2013), solamente podría imputarse penalmente la comisión de tal delito a título de imprudencia grave

(art.142 CP) o bien una falta de homicidio por imprudencia leve del antiguo art. 621 del CP anterior a la reforma operada por la LO 1/2015.

En definitiva, la imprudencia grave consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria. Se caracteriza, en suma, por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante de la diligencia que es exigible a cualquier persona. Y según la STS 282/2005, de 4 de marzo, recogiendo lo ya dicho en la STS 966/2003, de 4 de julio, "el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito". Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso. De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado (STS 2235/2001, de 30 de noviembre). El dolo eventual, por otra parte, existirá cuando el autor conozca el peligro concreto al que da lugar su conducta y a pesar de eso la ejecute, despreciando la posibilidad cercana del resultado..."

F.D. 7º: "[E]xisten indicios suficientes para concluir que la Dirección de Seguridad en la Circulación de ADIF, a quién en principio compete la labor de evaluar los riesgos inherentes a la circulación según se acaba de exponer, no cumplió con dicho cometido generando y tolerando una situación de riesgo que finalmente cristalizó en el accidente que costó la vida y la salud a múltiples usuarios el pasado 24 de julio de 2013. Dicha Dirección, en quién el Consejo de Administración había delegado dicha competencia, estaba desempeñada por Don Andrés Mª C.L., el cual, teniendo conocimiento de dicha situación de riesgo en virtud de los informes (Hazard Log) remitidos por la UTE y por INECO (ISA) a su Dirección, no consta que haya hecho u ordenado medida alguna destinada a evaluar y gestionar dicho riesgo, asumiendo por ello una posición de garante que le hace en principio responsable a título de autor de los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave en que finalmente se concretó dicho riesgo tras producirse el descarrilamiento del tren Alvia el pasado 24 de julio de 2013. En consecuencia, procede mantener la imputación del Sr. C.L. como presunto responsable de los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave tipificados en los arts. 142 y 152 del CP. En efecto, es el Sr. C. el que emite el Certificado de Seguridad de la vía, requisito previo imprescindible sin el cual no sería posible dar inicio a

su explotación, y lo emite sin previamente conjurar el riesgo de fallo humano que no fue objeto de una debida evaluación previa de conformidad con lo exigido por la normativa europea aplicable, máxime cuando, tras la modificación del Proyecto original, el tramo donde ocurrió el accidente quedaba desprovisto de un elemento de protección que conjurase dicho riesgo, el cual se veía incrementado en la medida en que en dicho tramo existía una transición significativa de velocidad representada por la curva en que sucedió el accidente. Ninguna de esas circunstancias fueron objeto de evaluación previa por parte de la Dirección de Seguridad en la Circulación, y no lo fueron siquiera con posterioridad cuando en junio de 2012 el mismo Director de Seguridad decide autorizar la desconexión del ERTMS embarcado sin realizar tampoco una evaluación previa del riesgo que para la seguridad de la vía podría comportar dicha decisión, privando de este modo al tren de un elemento más que pudiera haber advertido al maquinista de su situación a la fecha del siniestro evitando el riesgo de deslocalización por conducción desatenta que, a la poste, fue la causa directa del siniestro”.

- Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Santiago de Compostela, de 22 de septiembre de 2020, por el que se acuerda la continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado.

5. Pablo SALVADOR CODERCH/Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, “Instrumentos de control social y derecho de daños”, *InDret 4/2004* (www.indret.com), pp. 10-12

“El Derecho de Daños como instrumento de control social: un ejemplo sencillo aplicado a la instalación de dispositivos ABS para vehículos”

Para ilustrar cómo el derecho, y el derecho de daños en particular, contribuye a pasar de peores a mejores situaciones puede servir un ejemplo inspirado en otro que se puede encontrar en SCHÄFER/OTT (2000) y que hemos reformulado para adaptarlo al sistema de frenado ABS (**Anti-Block System**) para automóviles. Éste es un dispositivo electrónico antibloqueo que controla la presión de líquido de los frenos y de esta forma evita que las ruedas se bloquen cuando se ejerce una presión excesiva sobre el pedal, generalmente en situaciones de alto riesgo. En 1978, Mercedes Benz instaló el primer sistema ABS en un coche de serie como sistema opcional. Con posterioridad, muchas firmas lo incorporaron a sus vehículos como equipo de serie, aunque todavía no era obligatorio.

El sistema de antibloqueo de ruedas al frenar (ABS) se convirtió en un dispositivo de serie obligatorio para todos los turismos nuevos vendidos en la Unión Europea a partir de 2003, en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Protección de los peatones: Compromiso de la industria europea del automóvil» (COM(2001) 389 — C5-0537/2001— 2001/2216(COS)), de 13 de junio de 2002 (P5_TA(2002)0323; [DO_C_261_E/576_de 30.10.2003](#)). Sin embargo, la normativa se ha visto ya superada en este punto por el Reglamento (CE) nº 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados ([DO_L_200\1_de_31.7.2009](#)), el cual estableció el ESP (*Electronic Stability Control*, que incluye la función de ABS) como dispositivo de serie obligatorio en todos los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos que se vendan en la Unión Europea desde el 1 de noviembre de 2011.

Es indudable que este dispositivo, hoy superado, mejoraba la capacidad de frenado de un vehículo bajo cualquier circunstancia por lo que evitaba accidentes individuales y también colectivos. Pero además, si todos disponían del mismo, contribuía a disminuir en gran medida la probabilidad de colisión entre vehículos. Es este segundo efecto el que nos interesa destacar aquí.

En un sencillo ejemplo, dos conductores (C1 y C2) barajan la posibilidad de instalar sendos sistemas de frenado ABS. La utilidad anual que cada conductor obtiene del disfrute de su automóvil es de 1200 €, y sus costes esperados serán de 600 € que resultan de una probabilidad del 6% de sufrir un accidente que le comportará daños por valor de 10.000 € (0,06 x 10.000). La instalación de un dispositivo de ABS tiene un coste de 100 € anuales ya que este sistema requiere de revisiones periódicas. Pero disponer de él reduce la probabilidad de sufrir un accidente de un 6% a un 2%, por lo que los costes esperados bajarán a 200 € (0,02 x 10.000).

Los *pay-offs* de una y otra opción para C1 y C2 figuran en la tabla siguiente:

		C2	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900	600
	NoABS	500	600

Supongamos que C2 opta por instalar el ABS. Entonces C1 hará lo propio, pues $900 > 600$ como podemos observar en la primera columna. Por el contrario, si C2 resuelve no instalarlo, C1 tampoco lo hará, pues estaremos en la segunda columna, $600 > 500$. Si partimos de la decisión de C1 llegaremos a la misma conclusión, resultando las dos situaciones de equilibrio señaladas en la tabla. Se observa que existe un equilibrio eficiente (casilla superior izquierda) y otro ineficiente (casilla inferior derecha) que se corresponden con sendos equilibrios de Nash. A cuál de ellos se llegaría, dependerá de circunstancias externas como señalan SCHÄFER y OTT para un ejemplo similar: si C1 sabe que C2 ha instalado el ABS, hará lo propio, pero si sabe que no lo ha hecho, tampoco lo hará él, pues un solo ABS no disminuye suficientemente la frecuencia y gravedad de las colisiones entre vehículos. A priori, bajo un sistema de ausencia de responsabilidad (no liability rule), no hay garantías de que ninguna de las dos partes se comportará correctamente tras asumir que la otra lo hará.

Supongamos ahora una situación en la que existe una serie de n conductores C1, C2, C3, ..., Cn, para $1 < n < \infty$ y p es la probabilidad de que un conductor haya instalado el sistema ABS en su vehículos. Entonces los beneficios esperados para C1 serán:

Beneficios en caso de ABS →

Beneficios en caso de No ABS →

$$B(ABS) = p \cdot 900 + (1-p) \cdot 500 = p \cdot 400 + 500$$

$$B(NoABS) = p \cdot 600 + (1-p) \cdot 600 = 600$$

(donde probabilidad: $p \in [0,1]$)

C1 optará por instalar ABS siempre que:

$B(ABS) > B(NoABS)$, entonces:

$$p \cdot 400 + 500 > 600,$$

$$p > 0,25$$

De donde resulta que C1 instalará el ABS en su automóvil siempre que la probabilidad sea superior a 25%, esto es, cuando más de una cuarta parte de los vehículos dispongan de él, pero no lo hará si la proporción es inferior, pues no le saldrá a cuenta. El ejemplo ilustra un caso típico de instalación de dispositivos en los que se produce un efecto de externalidades de red – *network externalities*– ya que a mayor número de usuarios de un mismo producto o servicio, mayor será la utilidad que cada uno de ellos obtendrá de él. Pero, a pesar de que todos los interesados coincidan en que la difusión generalizada del producto sería socialmente beneficiosa, la existencia de dos equilibrios puede comportar que los sucesivos intentos de comercializar el uso del producto fracasen debido a que la red no esté lo suficientemente extendida para crear los incentivos privados necesarios para la instalación. Pero un cambio de jurisprudencia o, por supuesto, de legislación podría dar un vuelco a esta situación: por ejemplo, si el Tribunal Supremo, ante un caso de reclamación de daños y perjuicios por colisión entre dos vehículos, resuelve que la falta de instalación de ABS es negligencia y que ésta reduce o anula la indemnización a que tendría derecho el actor, entonces ningún conductor podrá reclamar si no disponía de ABS y, en cambio, deberá pagar los daños resultantes al otro vehículo. Los pagos para C1 se verían modificados de la manera siguiente:

		C2, C3, C4, ... Cn	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900	0
	NoABS	1100	600

(donde indemnización esperada: $I = 0,06 \times 10.000 = 600$)

Si instala ABS, en caso de colisión será indemnizado por aquél que fue negligente porque no lo instaló. En cambio, si no instala el sistema deberá pagar una indemnización a quién lo había instalado, o bien, en caso de que el otro tampoco lo hubiera instalado cada uno asumirá sus propios daños.

Podemos observar cómo independientemente de la decisión de los demás individuos, para C1 resulta más beneficioso instalar ABS ya que los pagos de la fila superior son siempre superiores a los de la inferior. De esta forma, el precedente jurisprudencial habría inducido los incentivos privados necesarios para la generalización del producto, que de otra forma no hubiera podido producirse”.

Un análisis doctrinal relativamente moderno sobre la costumbre puede verse en Steven HETCHER, "Creating Safe Social Norms in a Dangerous World", *73 University of Southern California Law Review* 1, 19-22 (1999): hay costumbres razonables y hay costumbres irrazonables, hábitos sociales y vicios comunes. No hay ninguna buena razón atender los segundos.

